أصول القانون المدني

الجزء الثالث

الحقوق العينية

(الأصلية والتبعية)

دكتور

محيي الدين إسماعيل علم الدين

أستاذ بكلية الحقوق
جامعة محمد الخامس

[illegible] للطباعة ، حقوق للمؤلف محفوظة
[illegible]



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ ـ ان حب التملك والاستئثار غريزة فى كل انسان ، وعند ممارسة هذه الغريزة لابد وأن يقع التنافس بل والتطاحن بين البشر ومن هنا كانت الحاجة الى قواعد تضبط السلوك البشرى فى هذا المجال. كما وجدت قواعد تنظمه فى غيره من المجالات . فنجد فى كل الشرائع نظما وقواعد خاصة بالملكية .

وليست الملكية هى وحدها التى تحتاج الى التنظيم القانونى ، بل هناك عناصر من حق الملكية ذاته تتوزع بين أفراد . فتنشأ علاقات قانونية بينهم على نحو ما . وهذه أيضا تحتاج الى تنظيم .

والملكية وما يتفرع عنها ويتصل بها من الحقوق هى ما يسمى بالحقوق العينية los droits réels . والحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شىء معين .

٢ ـ والحقوق العينية نوعان : حقوق عينية أصلية droits réels principaux وحقوق عينية تبعية droits réels accessoires فالحقوق العينية الأصلية تتكون من حق أساسى هو حق الملكية le droit de propriété وحقوق أخرى تتفرع عن هذا الحق ذاته وتمثل توزع عناصره فى أيدى عديدة . وهذه هى : حق الانتفاع le droit d'usufruit وحق الاستعمال le droit d'usage وحق السكنى le droit d'habitation وحق الحكر (أو الحكر)

le droit de superficie ، وحق الكراء الطويل الأمد
l'emphytéose والحبوس habous والحقوق العرفية الاسلامية
les droits coutumier musulman . وحقوق الارتفاق les servitudey
وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية les droits de propriété
littéraire, artistique et industrielle . وحق البحث المنجمى
وامتياز البحث عن البترول les droits miniers et les concessions
d'exploitation et pétrolier ، والحقوق العينية التبعية .
هى الضمانات والتأمينات التى تنصب على شيء ضمانا لحق شخصى .
وهذا هو وجه التبعية فيها : انها تتبع الحق الشخصى تبقى ببقائه وتزول
بزوله ، تصح بصحته . وتبطل ببطلانه ، وهذه الحقوق هى : الرهن
الحيازى على المنقول ، والرهن الحيازى على العقار . والرهن الرسمى
الاتفاقى والاجبارى[1] وحقوق الامتياز على المنقول والعقار .

ونحن فى هذا المؤلف تتناول الحقوق العينية الأصلية : حق الملكية
بصفة أساسية والحقوق المتفرعة عنه بما يتناسب مع أهميتها فى الكتاب
الأول . ثم تتناول الحقوق العينية التبعية فى الكتاب الثانى من هذا
المؤلف .

٣ — خصائص الحق العينى : عرفنا أن الحق العينى سلطة مباشرة
لشخص على شيء معين . ولهذا الحق خصائص تميزه عن الحق
الشخصى هى :

أولا — الحق العينى يعطى صاحبه حق التتبع : le droit de suite
بمعنى أن صاحب الحق يستطيع أن يتتبع الشيء فى أية يد ينتقل

---

(١) الرهن الرسمى الاجبارى يسمى فى القانون المصرى بحق الاختصاص .

اليها ليمارس حقه عليه . فالمنتفع والمرتهن وصاحب حق الامتياز يستطيع أن يمارس حقه على الشيء ولو انتقلت ملكيته الى شخص آخر . أما حق الملكية ذاته فلا يمارس حق التتبع عند الاعتداء عليه ، وانما يمارس المالك دعوى الاستحقاق .

وعلى خلاف ذلك نجد صاحب الحق الشخصي لا يستطيع أن يمارس حق التتبع على أي مال من أموال المدين . صحيح أن له حق الضمان العام على كل أموال المدين ، ولكن ليس معنى ذلك أن يمنع انتقال الأموال من والى المدين فذمة المدين تتلقى الحقوق وتلتزم بالالتزامات دون أن يكون للدائن العادي سلطة في منع شيء من ذلك ، لسبب بسيط هو أنه ليس له حق عيني على شيء معين يملكه المدين .

ثانيا ــ الحق العيني يعطي صاحبه حق التقدم le droit de préférence ومعناه أن صاحب الحق العيني يكون مفضلا على غيره من أصحاب الحقوق العينية الذين يكونون في مرتبة أدنى من مرتبته ومفضلا على سائر أصحاب الحقوق الشخصية فالدائن المرتهن يكون مفضلا على الدائن العادي والدائن الذي يتمتع بحق رهن نافذ يكون مفضلا على المرتهن الذي نشأ رهنه بعده .

ثالثا : الحق العيني حق مطلق : بمعنى أنه يحتج به على الناس كافة eraga omnes عدا صاحب الحق ذاته . أما الحق الشخصي فهو حق نسبي لا يحتج به الا فما بين طرفيه الدائن والمدين . ومع ذلك يلاحظ أن الحق الشخصي أيضا يجب على الكافة عدم التعرض له كعلاقة قانونية فاذا قام شخص بتحريض المدين على عدم أداء الالتزام كان ذلك مستوجبا مسئولية المحرض . فنسبية الحق الشخصي يقصد بها أن الدين يتحمل به المدين دون غيره . أما فيما يتعلق بموقف الغير منه فهو حق مطلق كالحق العيني .

رابعا ــ الحق العينى يظهر فيه المحل ويختفى المدين : ومعنى هذا أن العبرة فى وجود الحق العينى هى بوجود الشىء وتعيينه • فلا يتصور مثلا أن يكون هناك مالك لشىء مستقبل ، أو مالك لشىء لم يتعين بعد ، وانما يتصور أن يكون ثمة دائن بشىء مستقبل أو دائن بشىء لم يتم تعيينه بعد • فالمهم فى الحق العينى هو تعيين محله اذ لا يقوم الا بهذا التعيين[٢] •

وهذا بخلاف الحال بالنسبة الى الحق الشخصى ، فلا يلزم فيه تعيين محله وانما يلزم تعيين المدين به ، اذ لا ينشأ التزام بغير مدين • والمدين كركن فى الرابطة الشخصية لا وجود له فى الحقوق العينية •

خامسا ــ يجوز التخلى عن الحق العينى : اذا أصبح صاحب الحق العينى ملتزما بالتزام عينى أى بالتزام يتعلق بالحق العينى ، يمكنه التخلى عن الحق العينى ، فيتخلص بذلك من الالتزام العينى • أما الالتزام الشخصى فلا يستطيع المدين التخلى عنه •

سادسا ــ الحق العينى قابل للحيازة المادية : فمالك الشىء يحوزه عادة وحيازته هى المظهر المادى لسلطته القانونية على الشىء • ولذلك يمكن اكتساب الملكية بالتقادم عن طريق حيازة الشىء وتوافر شروط معينة أهمها المدة •

---

(٢) ومحل الحق يختلف عن مضمون الحق ، لان مضمون الحق هو ما يحدده من حيث نطاقه وطريقة استخدامه ، ويشمل الميزات والسلطات التى يخولها الحق لصاحبه . أما محل الحق فهو الشىء الذى يرد عليه الحق فمضمون حق الملكية هو سلطة المالك فى استعمال واستغلال ملكة والتصرف فيه . أما محله فهو الشىء المملوك . انظر : اسماعيل غانم : فى النظرية العامة للالتزام ــ مصادر الالتزام ــ القاهرة ١٩٦٤ ــ فقرة ٢ ــ ص ٧ .

٤ ــ هل الحقوق العينية محددة على سبيل الحصر ثار الخلاف فى فرنسا حول الرد على هذا السؤال • فذهب فريق الى أن هذه الحقوق ليست محددة فى القانون على سبيل الحصر . وانه لا يوجد ما يمنع الأفراد من انشاء صور جديدة من الحقوق العينية فى اتفاقاتهم ولكنهم يقيدون ذلك بقيود تجعلهم يقتربون من رأى معارضيهم . فلا يجوز انشاء حقوق عينية من تلك التى كانت سائدة قديما فى ظل النظم الاقطاعية . فقد ألغتها الثوره الفرنسية وفى اعادتها مخالفة للنظام العام . وانشاء الحقوق العينية يجب أن يتقيد بدائرة النظام العام والآداب • ومن ناحية أخرى يرون أنه لا يتصور انشاء حق عينى جديد لم يكن معروفا من قبل . ولو أمكن ذلك لما اكتسب صفة الحق العينى لأن الحق العينى يحتج به على الكافة، ولكى يحتج به يلزم شهره وهنا يصطدم بعقبة عملية هى انه لا تشهر الا الحقوق التى نص عليها القانون• فكل ما نتصور اذن من دور لسلطان ارادة الأفراد فى مجال الحقوق العينية . هو أن توسع أو تضيق من نطاق حق عينى معروف •

وذهب فريق آخر الى أن الحقوق العينية محددة فى القانون على سبيل الحصر لا على سبيل المثال • فلا يمكن الزيادة عليها أو التعديل فيها بارادة الأفراد • ويستندون الى أن ارادة الأفراد اذا دخلت الى هذا المجال فانما يكون ذلك عن طريق العقود والعقد حجيته قاصرة على أطرافه ، فلا نتصور أن ينشىء العقد ذى الحجيه القاصرة حقا عينيا يعتبر حجة على الكافة • ومن ناحية أخرى فان الحقوق العينية تتعلق بالثروات

وبنظام الائتمان في الدولة ومن ثم فان قواعدها تتعلق بالنظام العام لمساسها بمصالح قومية ، ولا يجوز بالتالي أن تخرج ارادة الأفراد على ما رسمه المشرع في هذا الشأن .

وقد حسم المشرع الفرنسي الخلاف بنص في قانون أول يونيو ٩٢٤ (المادة ٣٦/٢) على أن الحقوق العينية العقارية هي وحدها التي ينص عليها القانون الفرنسي ، وكان ذلك بمناسبة سريان التشريع المدني على الالزاس واللورين[٣] .

أما في مصر فان الاجماع منعقد تقريبا على اعتبار الحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر[٤] والى هذا يتجه الرأي كذلك في المغرب .

والحقوق العينية في القانون المغربي هي ما سبق أن ذكرناه وقد نص عليها المرسوم المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة (الفصل ٨/١) ويدخل فيها الترخيص بالبحث المنجمي طبقا لظهير ١٦ من ابريل ١٩٥١ ، وامتيازات البحث عن البترول طبقا لقانون ٢١ يوليو ١٩٥٨[٥] .

كذلك يدخل فيها نوع جديد من الحقوق العينية لم يكن متفرعا عن حق الملكية ، ولم تنشئه ارادة الأفراد كحق عيني ، ألا وهو حقوق

---

(٣) محمد على عرفه : الملكية – ص ٤١ – هامش رقم ٤

(٤) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني جـ ٨ – القاهرة ١٩٦٧ ، فقرة ١٢٤ – ص ٢١٦

(٥) Paul Decroux : Droit foncier marocain, Rabat 1972 No. 348, p. 253

الملكية الأدبية والفنية والصناعية . فهذه الحقوق نظمتها القوانين وأبرمت بشأنها اتفاقيات دولية ، والراجح فى شأنها الآن انها حقوق عينية أصلية ترد على شيء غير مادى[٦] .

---

(٦) انظر رايا مخالفا للأساتذة مازو
Henri, Léon et Jean MAZEAUD Droit civil, t. II. 3e éd., Paris 1966. No. 1361, p. 1978.
حيث يرون ان هده الحقوق حقوق معنوية ترد على أشياء غير مادية وليست حقوقا عينية رغم كونها يحتج بها على الكافة وانه ليس لها مدين معين بها، وانها قابلة للنزول عنها ، الا انه ينقصها عنصر الدوام فهى مؤقتة . ونحن لا نوافق على رأى الأساتذة مازو ، لان عنصر الدوام من خصائص حق الملكية وحده دون باقى الحقوق العينية ، اذ الاصل فيها التأقيت . فحق المنتفع مثلا يكون محددا بمدة معينة او ينتهى بموت صاحبه . وحقوق الملكية الادبية والفنية والصناعية هى بدورها حقوق عينية الاصل فيها التأقيت. وليست حق ملكية بالذات ، وانما تسمى حقوق « الملكية » الادبية تجاوزا.

الكتاب الأول

الحقوق العينية الأصلية



الكتاب الأول
الحقوق العينية الأصلية

٥ ــ خطة البحث : سنقسم دراسة الحقوق العينية الأصلية الى أربعة أبواب على النحو التالى . مع العناية بابراز ما للشريعة الاسلامية من سبق وعمق فى هذا المجال :

الباب الأول : حق الملكية .

الباب الثانى : سائر الحقوق العينية الأصلية .

الباب الثالث : اجراءات التحفيظ والتسجيل .

الباب الرابع : أسباب كسب الملكية .

الباب الخامس : الحقوق العينية فى الشريعة الاسلامية .

أما دراسة الأشياء وهى عادة دراسة تمهيدية لدراسة الحقوق العينية ، فلن نعنى بها فى هذا المؤلف اكتفاء بالاحالة الى مؤلفات المدخل لدراسة القانون .



الباب الأول

حق الملكية

٦ ـ لدراسة حق الملكية يجب أن نتعرض لتطوره التاريخي ولتعريفه وبيان عناصره وخصائصه وأوصافه والقيود التي ترد عليه .

وبناء على ذلك ينقسم هذا الباب الى الفصول التالية :

الفصل الأول : تطور حق الملكية .

الفصل الثاني : تعريف حق الملكية وبيان عناصره .

الفصل الثالث : خصائص حق الملكية .

الفصل الرابع : نطاق حق الملكية .

الفصل الخامس : أوصاف حق الملكية .

الفصل السادس : القيود التي ترد على حق الملكية .

الفصل السابع : وسائل حماية حق الملكية .



الفصل الأول

تطور حق الملكية

٧ — كانت الملكية فى بداية ظهورها فى العصور القديمة ملكية جماعية propriété collective [١] فكانت الأرض وأدوات الحرب والآلات البدائية مملوكة ملكية جماعية للقبيلة ، وكان هذا هو الحال لدى كل الشعوب تقريبا وكانت الأرض تزرع لحساب جميع أفراد القبيلة ثم بدأت تقسم الأرض مؤقتا بين العائلات التى تتكون منها القبيلة لتسهيل الانتفاع بها مع بقاء الأرض مملوكة للمجموع . وكان يعاد هذا التوزيع كل سنة ثم بدأ يستقر فلا يتبدل الا على فترات متباعدة . ففى الشريعة الموسوية لم تكن القسمة تغير الا كل خمسين سنة . ثم أصبح توزيع الانتفاع نهائيا . وأصبحت الملكية بالتالى مقسمة بين الأسر ثم بين الأفراد أى ملكية فردية بعد مدة من الزمن . ولكن كانت قد سبقتها الى الظهور الملكية الفردية فى المنقول [٢] .

٨ — ويؤكد بعض الفقهاء أن القانون الرومانى عرف ملكية المنقولات بأنواعها ملكية خاصة منذ قانون الألواح الاثنى عشر أما عن الأراضى فان هذا البعض يرى نصيبا من الحقيقة فى الأسطورة القديمة التى تقول انه عند انشاء روما قام دوميكوس بتوزيع قطع من الأراضى على المواطنين الرومان وورثتهم • ولكن هذه المساحات ضيقة وكان ضروريا وجود أراض خارج المدينة يستغلها أرباب الأسر مع أولادهم

---

(١) انظر :

OLIVIER-MARTIN : Précis d'histoire du droit français. no. 12. p. 6

(١) مازو . ج ٢ — فقرة ١٢٩٦ — ص ١٠٢٦

وعبيدهم ، وهذه تعتبر ملكيات جماعية . وظهرت بعد ذلك الملكية البريتورية في الحالات التي لاتنتقل فيها الملكية بسبب عيب في الشكل[٣] . وكانت الملكية حقا ذا صفة مطلقة ، وكانت في يد رب الأسرة . وكان اطلاق سلطة المالك في الشيء يضفي عليه صورة العبودية : فالشيء المملوك في مركز العبد . ولا يجوز المساس بالملكية الا استثناء كما في قيود الجوار التي جاءت في موسوعة جستنيان[٤] .

٩ ـ وفي مصر القديمة قسم الفراعنة البلاد الى مقاطعات . لا يملك أهلها الأرض بل كانت ملكية الرقبة لفرعون ، وللناس عليها حق انتفاع ، ويتمثل ذلك في مظهر معين هو أداء ضرائب عن الأرض . وفي عهد الأسرة السابعة عشر ظهرت طائفتان ممن لهم حق انتفاع على الأرض هم الكهنة والجنود المحاربون وفي عهد الأسرة الحادية والعشرين نودى بالاله آمون مالكا للأرض بدلا من الملك وكان الفلاحون مجرد حائزين يؤدون الخراج الى الدولة . وفي عهد الأسر المصرية الأخيرة (من ٢٨ ـ ٣٠) كان للفرد أن يبيع الأرض أو يؤجرها وله أن يهبها بقيود معينة. ولكن لم تخلص ملكية الأرض تماما للحائز . وفي عهد البطالسة كان الجزء الأكبر من الأرض في يد الملك وحده وكان للزراع الحيازة والانتفاع وعليهم أداء الضريبة . ولما احتل الرومان مصر لم يغيروا شيئا من هذه النظم ، غير أن الضرائب وأعمال السخرة زادت . ولما جاء الفتح الاسلامي انتقلت الأرض الى

---

(٣) انظر :
A.E. GIFFARD : Précis de droit romain, t. I, 4e éd., Paris 1951, no. 543-549. pp. 324-328.

(٤) مازو : جـ ٢ ـ فقرة ١٢٩٧ ـ ص ١٠٢٦ ، بل ان هناك قيودا على الملكية وردت في قانون الألواح الاثنى عشر ـ انظر : جيفار : فقرة ٥٦٠ ـ ص ٣٣٤ .

الدولة الاسلامية وبقى الانتفاع للحائزين مقابل أداء الخراج . والأراضى فى الفقه الاسلامى قسمان : أراضى عشورية وأراضى خراجية[٥] .

والأراضى العشورية مملوكة ملكية تامة لأصحابها . وتدفع عشر ما تغله عينا الى الأمام أى الى الحكومة . وهــذه الأراضى قد تكون فى بلاد فتحت طوعا وبقيت لأهلها يؤدون العشر منها . وقد تكون فى بلاد فتحت قهرا وقسمت بين الفاتحين فتملكوها بقسمتها وأدوا العشر كذلك.

وأما الأراضى الخراجية فهى تدفع الخراج ومقــداره يتراوح بين الخمس والنصف حسب تقدير الامام . وهذه قد تكون فى بلاد أسلمت صلحا وفرض عليها الخراج أو بلاد فتحت قهرا فيكون للامام أن يجعلها وقفا ولأصحابها الانتفاع نظير الخراج أو أن يتركها لأصحابها ملكية تامة ويدفعون الخراج كذلك .

وقد كانت الأراضى فى مصر أراضى خراجية[٦] . وظلت كذلك حتى جاء محمد على فوزع الأراضى بعد مسحها على أهل كل ناحية للانتفاع بها ولتبقى خراجية كما هى . وفى عهد محمد سعيد (سنة ١٨٥٨) صدرت اللائحة السعيدية . وهى تعطى للمنتفعين بالأراضى حقوقا أكثر فيجوز لهم التصرف فيها ورهنها وايجارها وورثتهم أحق بها من غيرهم . وفى عهد اسماعيل أجاز الوصــية فى الأراضى الخراجية دون الوقف . وعلى أثر

---

(٥) السنهورى جـ ٨ — فقرة ٢٩٣ — ص ٤٨٤ — ص ٤٨٥ وهامش رقم ٢ ص ٤٨٥

(٦) كانت هناك اراضى مملوكة لاصحابها ملكية تامة تسمى « اراضى الرزقة » وهى الأراضى التى انعم بها سلاطين آل عثمان على بعض خاصتهم المقربين . ولم يحرم محمد على أصحاب هذه الأراضى من ملكيتها ولكن حرم عليهم وقفها والزمهم بدفع الضرائب المقررة عليها . انظر : محمد على عرفه: فقرة ١٤٧ — ص ١٩٥

الأزمات المالية التى أحاطت به نتيجة الاسراف والبذخ فى الانفاق أصدر لائحة المقابلة فى سنة ١٨٧١ وهى تعطى لمن يدفع خراج ست سنوات مقدما على الأطيان التى فى حوزته الحق فى أن يطلب استخراج حجة شرعية بمقتضاها يثبت له الحق فى الهبة والتوارث والوصاية والاسقاط. ثم ألغيت هذه اللائحة عام ١٨٨٠ واحتفظ لمن تملكوا بهذا الطريق بحقهم المكتسب. وفى سنة ١٨٩١ صدر أمر عال بجعل الأطيان الخراجية مملوكة لأصحابها ملكية تامة ولو لم يكونوا قد دفعوا عنها المقابلة. وبذلك صارت منذ هذا التاريخ جميع الأراضى فى مصر مملوكة لأصحابها ملكية تامة بعد تطور طويل امتد من عهد الفراعنة[٧].

١٠ — وفى ظل القانون الفرنسى القديم ساد نظام الاقطاع وكان السيد يقطع النبلاء وغيرهم أراضى. وكان له على هذه الأراضى حق الملكية الأصلية أو الشرفية وكانت تسمى le domaine éminent وكان لمن يحصل على الأرض حق استغلالها على أن يؤدى الى السيد مقابلا فى صورة خدمات وأعطيات redevances واذا مات انتقلت الأرض الى ورثته وللسيد أن يحصل منهم رسم أيلولة droit de mutation عن هذه الأرض، وكانت ملكية هذا الحائز تسمى بالملكية الفعلية أو النافعة le domaine utile وليس حق الملكية الفعلية حق انتفاع، فحق الانتفاع مؤقت أما حق الملكية الفعلية فهو حق دائم. وكان بعض رجال القانون يرون ما يأخذه السيد اغتصابا وحاولوا جعل الملكية على غرار الملكية الرومانية، ولكن لويس السادس عشر رفض الغاء حقوق السيد بدون تعويض استنادا الى أن حق الملكية لا يجوز

(٧) السنهورى : جـ ٨ — فقرة ٢٩٣ — ص ٤٨٤ وما بعدها؛ وهوامشها، عرفه : فقرة ١٤٧ — ص ١٩٦

المساس به ورغم هذا الطابع الفردى للملكية كانت له صبغة اجتماعية فى بعض النواحى خاصة بالنسبة الى علاقات الجوار(٨) .

وعندما قامت الثورة الفرنسية هب الفلاحون لنيل حقوقهم وقتلوا من النبلاء من قتلوا ، وفى ليلة الرابع من أغسطس سنة ١٧٨٩ تنازل النبلاء عن امتيازاتهم وملكيتهم الأصلية بدون تعويض ، وجاء اعلان حقوق الانسان والمواطن ينص فى المادة ١٧ منه على « ان الملكية باعتبارها حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته . فلا يجوز حرمان صاحبه منه ، الا اذا قضت بذلك فى وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانونا ، وبشرط تعويض عادل يدفع مقدما(٩) » .

وترتب على الطابع الفردى لحق الملكية الذى ظهر فى التقنين المدنى الفرنسى أن زالت ملكية الأسرة ، وأصبحت الملكية حقا للفرد ذا صفة مطلقة يستخدمه صاحبه كيفما شاء فى حدود القوانين واللوائح (المادة ٥٤٤ مدنى فرنسى) .

وكان القانون الفرنسى القديم يعتبر العقارات هى الأشياء النفيسة أما المنقولات فكانت تعتبر أشياء خسيسة res mobilis, res vilis ولذلك لم تحظ الملكية فى المنقول بالعناية التى حظيت بها الملكية العقارية

---

(٨) مازو : فقرة ١٢٩٨ — ص ١٠٣٦

(٩) النص الفرنسى هو :

"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité".

انظر السنهورى : جـ ٨ — ص ٤٨٣ هامش رقم ٢ ، مازو جـ ٢ — فقرة ١٢٩٩ — ص ١٠٢٧

وبدأ أثر ذلك واضحا فى معالجة التقنين المدنى الفرنسى لهذه الملكية .. ولكن ظهور ثروات منقولة أضخم من الثروات العقارية خلال القرن الحالى يجعل أمام المشرعين والفقهاء عملا جما من أجل حماية هذه الثروات ، مثل الملكية الرأسمالية (ملكية رؤوس أموال الشركات) والملكية الفنية والأدبية وغيرها من الصور الحديثة .

ومن ناحية أخرى بدت الصفة المطلقة لحق الملكية مثارا للشكوى، فبدأت النظريات الاجتماعية تقيد من هذا الاطلاق ، وظهر أثر ذلك فى التشريعات المدنية الحديثة التى حرصت على أن تبرز الطابع الاجتماعى لحق الملكية اما بالنص عليه صراحة أو بسوق تطبيقات له .

وقد أدى قيام الثورة الفرنسية الى زوال الملكيات الكبيرة . ولذلك لم يجد المشرع الفرنسى نفسه فى حاجة الى تفتيت الملكيات الكبيرة بتدخل تشريعى(١٠) ، ولكن الأمر على خلاف ذلك فى بلاد أخرى كمصر حيث تدخلت حكومة الثورة لتحديد الملكية الزراعية بقوانين متعاقبة للاصلاح الزراعى .

١١ — ولما كان القرنان الأخيران قد شهدا تضاعف عدد سكان الكرة الأرضية مما جعل المساحات المزروعة تضيق فى كثير من البلاد بسكانها ، فيضطرون الى الهجرة الى المدن ، وبذلك تزدحم المدن وتضيق بدورها عن أن تتسع للأعداد الغفيرة المهاجرة اليها . ولما كانت مساحة الدولة بالضرورة محدودة وكثيرا ما يصعب التوسع أفقيا فى مساحات تكفى حاجة السكان ، فقد اتجه التوسع الى الطريق الرأسى . ولذلك وجدت ملكية الطبقات وملكية الشقيق وتحت تأثير التيارات الاجتماعية

---

(١٠) مازو : فقرة ١٣٠٢ — ص ١٠٢٩

والاشتراكية برزت شعارات تنادى بحق كل أسرة فى مسكن ملائم وقد بالغت البلاد الشيوعية كروسياحتى أودت بالطابع الفردى للملكية،وعادت فيها ملكية الأرض ووسائل الانتاج جماعية وهكذا نجد الملكية بعد أن نشأت جماعية ، وتطورت حتى أصبحت فردية . تعود اليوم فى بعض البلاد لتنتكص على أعقابها وترجع جماعية كما بدأت .

١٢ — ولا شك فى أن الوضع الأمثل للملكية هو أن تكون ملكية فردية وأن تتقيد بقيود لصالح المجتمع يسليها تطوره المستمر . فالملكية الفردية بلا شك خير من الملكية الجماعية . فالفرد الفقير الذى لا يملك شيئا prolétaire يكون عبدا للدولة التى تملك كل شيء . فهو يعيش معتمدا على سواه فالشرط الأساسى لاستقلال وحرية الفرد هو الملكية الفردية . وقد ثبت بالتجربة أن الملكية تؤتى ثمارها أكثر عند ما تكون فردية . لأن الحافز الفردى على العمل هو الذى يجعل الانسان يبذل قصارى جهده من أجل الكسب له ولأولاده ورفع مستوى معيشتهم سويا، وكلما حاول أصحاب الايديولوجيات المختلفة أن يوجدوا محركا آخر غير هذا الحافز فشلوا وأخيرا فان الملكية الفردية تعتبر صمام الأمان للنظام الاجتماعى ، لأن الأفراد الفقراء الذين لا يملكون شيئا يحرصون عليه يكونون أكثر استعدادا لاحداث تغيير اجتماعى ثورى[11]. وليس معنى هذا أن تكون الملكية الفردية حقا مطلقا من كل قيد . بل سنرى أن هناك قيودا اجتماعية ترد عليها فى الحدود المعقولة .

١٣ — وفى تبرير الطابع الفردى لحق الملكية تختلف وجهات النظر فبعض النظريات ترى أن القانون الطبيعى هو اساس الملكية الفردية .

---

(١١) مازو : فقرة ١٣٠٤ — ص ١٠٣١ .

(١٢) عرفه : فقرة ١٤٨ — ص ١٩٧ .

ولكن يعترض على ذلك بأن الملكية الفردية لو كانت تقوم على القانون الطبيعي لوجدت في مختلف الصور ، والمعروف ان الملكية في فجر التاريخ كانت جماعية لا فردية . وترى نظرية أخرى ان الملكية الفردية تقوم على الاستيلاء كسبب لكسب الملكية أى أن من يضع اليد على مال يملكه ولكن اعترض على ذلك بأن الاستيلاء يقتضي ان تكون الملكية الفردية موجودة قبله ليصلح هو سببا لكسبها [١٣] . وترى نظرية ثالثة أن الملكية الفردية اساسها النفع الاجتماعي لتفوقها على جميع نظم الملكية الأخرى ، لأن المجتمع الذى يأخذ بها يكون ارقى اقتصاديا واجتماعيا من غيره من المجتمعات . وقد اعترض عليها بأنها تعنى أن المجتمع كان امامه النمط الجماعي والنمط الفردي للملكية فاختار الأخير ، ولكن الصحيح هو أن الملكية الفردية جاءت بعد تطور طويل من صورة الى صورة كما رأينا . وترى نظرية رابعة ان خير اساس للملكية الفردية هو العمل . فهى نتيجة جد واجتهاد يبرر ان يتملك الشخص ما يجنيه بكدحه . اما بالنسبة الى الورثة الذين يتلقون هذا المال بعد مكتسبة ، بلا جهد منهم ولا عمل ، فان الميراث نفسه ثمرة من ثمار عمل المورث وهذا المال هو بدوره حافز لهم على العمل ان صلح امرهم ، وهو لابد منتقل الى ايدى غيرهم ان لم ينصلح به امرهم [١٣] .

١٤ ــ اما الملكية في المغرب فان هناك رأيا يرى أن اراضى المملكة المغربية تعتبر من اقاليم الدولة الاسلامية التى فتحت بالغزو الاسلامى ، فهى تعتبر مملوكة لمجموع المسلمين ، ولا تقبل التصرف فيها ، وليس لحائزيها الا حق الانتفاع بها بما يزرعون فيها او يبنون عليها [١٤] ، فهى كالأراضى الخراجية التى تحدثنا عنها فيما تقدم .

---

(١٣) السنهورى : جـ ٨ ــ فقرة ٢٩١ ــ ص ٤٧٩ ــ ص ٤٨١

(١٤) علال الفاسى ، فى « رسالة المغرب » عدد ٦ فبراير ١٩٥٠ مشار اليه فى كتاب بول ديكرو المشار اليه من قبل ــ صفحة ١٤ هامش رقم ٢ وهو يعارض رأى الأستاذ علال .

وبصفة عامة فان الاراضى فى المغرب الآن تنقسم الى قسمين : اراضى « ملك » وهى مملوكة لأصحابها نتيجة حيازة علنية هادئة مستمرة بلا انقطاع مدة عشر سنوات الا فيما بين الاقارب والاصهار والشركاء فتكون المدة أربعين سنة ، واراضى محفظة terres immatriculées أى اراض مسجلة فى سجلات عقارية تحددها تحديدا كافيا ، وقاطعا .

ويرى بعض الفقهاء ان الحقوق العرفية الاسلامية مثل الجلسة والزينة تمثل نوعا من الملكية الفعلية أو النافعة domaine utile كالتى كانت موجودة فى فرنسا فى العصور الوسطى ، وان الملكية الشرفية او الاصلية تبقى ثابتة للحكومة أو لجهة الوقف او للمالك الذى رتب هذه الحقوق كما كان الحال فى الملكية الشرفية . domaine éminent فى فرنسا[١٥]

ونحن نعارض هذا الرأى لان الحقوق العرفية الاسلامية لا تتضمن تبعية لسيد أو شريف وانما الافراد دائما يحتفظون بكامل حريتهم بصرف النظر عن وضعهم الاقتصادى ومدى حقوقهم فى الملكية . ومن ناحية أخرى فان الملكية الفعلية فى فرنسا كانت دائمة ، اما الحقوق العرفية الاسلامية فهى باعتبارها متفرعة عن الملكية الأصل فيها التأقيت[١٦] .

---

(١٥) ديكرو : فقرة ٧٠٨ ص ٤٢٥ ، وفقرة ٧١٤ ، ص ٣٢٦ .

(١٦) هنـاك نظم عقارية كثيرة بالمغرب سـوف نتناولها فى مواضع مختلفة من هذا المؤلف .

الفصل الثاني

تعريف حق الملكية وبيان عناصره

١٥ ــ يعرف حق الملكية عن طريق ابراز العناصر المكونة له فيقال. أن حق الملكية هو حق الاستئثار باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم في حدود القانون [١] .

ويستفاد من هذا التعريف . أن حق الملكية يشمل ثلاثة عناصر هي حق الاستعمال jus utendi وحق الاستغلال jus fruendi وحق التصرف jus abutendi . وقد نص المشرع المصرى على هذه العناصر الثلاث في المادة ٨٠٢ مدنى بقوله : « لمالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه[٢] » وهذا النص يبين الطابع الاجتماعى لحق الملكية بقوله « في حدود القانون » .

كذلك نجد هذا الطابع واضحا في نصوص دستور المملكة المغربية

---

(١) السنهورى ، جـ ٨ ، فقرة ٢٩٧ . ص ٤٣٩ . مأمون الكزبرى ، التشريع العقارى والضمانات ، ص ٥٠ .

(٢) هذا النص تقابله النصوص التالية في التقنينات العربية الأخرى السورى ، المادة ٧٦٨ مدنى مطابقة ، الليبى المادة ٨١١ مدنى مطابقة ، العراقى . المادة ١٠٤٨ موافقة وهى تنص على ان « الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة ، اللبنانى : المادة ١١ من قانون الملكية العقارية ، موافقة وهى تنص على ما يلى : « الملكية العقارية هى حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات و لأنظمة وهذا الحق لا يجرى الا على العقارات الملك ، انظر السنهورى ، جـ ٨ ص ٤٩٣ بالهامش .

الذى ينص الفصل الخامس عشر منه على ما يلى : « حق الملك مضمون — للقانون أن يحد من مداه واستعماله اذا دعت الى ذلك ضرورة النمو الاقتصادى والاجتماعى المخطط للبلاد — ولا يمكن نزع الملكية الا فى الاحوال وحسب الاجراءات المنصوص عليها فى القانون » .

أما فى بيان عناصر حق الملكية فان المشرع المغربى قد عنى بالنص عليها فيما يتعلق بالعقار ، ولا يوجد نص مماثل يتعلق بالمنقول . ولكن من الواضح ان الملكية طبيعتها واحدة سواء وردت على العقار أو المنقول . والنص الذى أشرنا اليه المتعلق بالعقار هو الفصل التاسع من المرسوم الملكى المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة الصادر فى ١٩ رجب ١٣٣٣ هـ (الموافق ٢ من يونيو ١٩١٥ م) وهو يقضى بأن الملكية العقارية هى حق التمتع والتصرف فى عقار بطبيعته او بالتخصيص بصفة مطلقة على ان لا يستعمل هذا الحق استعمالا تمنعه القوانين أو الأنظمة . وكلمة « التمتع » هنا مفهومة بمعنى واسع يشمل الاستفادة بالشىء المملوك ذاته وهذا هو عنصر الاستعمال او الاستفادة بعائد منه عن طريق اعطاء منفعته للغير وهذا هو عنصر الاستعمال أو الاستفادة بعائد منه عن طريق اعطاء منفعته للغير وهذا هو عنصر الاستغلال[٣] . فكأن عناصر حق الملكية فى القانون المغربى هى نفسها العناصر الثلاث المعروفة فى القوانين الأخرى .

١٦ — أولا : الاستعمال : ومعناه أن يستعمل المالك الشىء

---

(٣) قارن ديكرو ، المصدر السابق ، فقرة ٣٥٠ ، ص ٢٥٥ حيث ينتقد النص المغربى قائلا انه لايشمل عنصر الاستعمال وانه ينص على استعمال الحق بأكثر ما يمكن من الاطلاق ، ويقول انه لا يتصور ان فردا فى مجتمع يستطيع أن يستعمل ملكية بهذه الطريقة . والواقع ان هذا النقد ذاته يوجه الى المادة ٥٤٤ مدنى فرنسى . أنظر : عرفه : فقرة ١٥٧ ص ٢٠٨ .

بنفسه • فان كان سيارة او دابة ركبها ، وان كان ثيابا لبسها ، وان كان دارا سكنها وهكذا • وقد يستعمل المالك الشيء بواسطة : غيره تبرعا كما اذا اعار سيارته الى صديق له او استضاف فى داره اقاربه او اصدقائه ويعتبر من قبيل الاستعمال قيام المالك باعمال حفظ وصيانة للشيء كترميم الدار أو اصلاح سيارة أو تشحيمها • وقد يكون الاستعمال باستهلاك الشيء كما اذا كان الشيء طعاما فأكله ، وهنا يختلط الاستعمال بالتصرف لأن التصرف قد يكون ماديا باستهلاك الشيء ، وقد يكون قانونيا بنقل ملكيته أو ترتيب حق عينى عليه • وللمالك فى استعمال الشيء مطلق الحرية ، حتى ولو وصل فى هذا الى حد اعدام الشيء ، ولا يحد من سلطته فى ذلك شيء الا ما قد يرد فى القانون من قيود على الاستعمال ، مثل تقييد المالك بعدم فتح مطلات على العقارات المجاورات الا بمراعاة مسافات معينة أو تقييده بعدم الخروج ببنائه فى الطريق العام مخالفا بذلك ما حددته السلطات لاتساع الطريق أو تقييده بعدم الاضرار بالجيران•• ويلاحظ ان المرتهن والمستأجر والمنتفع لهم حق استعمال الشيء ولكن استعمالهم يختلف عن استعمال المالك من ناحيتين : الأولى : انه لا يحق لهم ان يصلوا فى استعمال الشيء الى حد اتلافه . بينما المالك لا يتقيد بهذا القيد • الثانية : انه ليس لهم استعمال الشيء الا فيما اباحه القانون لهم • فالأصل هو المنع والاباحة استثناء اما المالك فله أن يستعمل الشيء أى استعمال الا ما حرمه عليه القانون ، فالأصل بالنسبة له هو الاباحة والمنع استثناء [٤] . ويعتبر ذلك من سمات الفردية التى يتميز بها حق الملكية • ومن هذه السمات كذلك : ان المالك له ان يستعمل ملكه أو الا يستعمله ، فيستطيع أن يترك ارضه بلا زرع ، أو يترك داره فلا يسكنها ولكن القانون قد يقيد المالك فى هذه الحالات فيجبره على اسكان داره

---

(٤) السنهورى ، جـ ٨ الفقرتان ٢٩٩ و ٣٠٠ ، ص ٤٩٦ — ص٤٩٨

مادام يوجد مستأجر يسعى لشغلها بالاجرة القانونية او يجبره على زراعة أرضه حلا لأزمة المواد الغذائية فى البلاد • ويعتبر التقييد هنا مظهرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية كذلك يبيح القانون للمالك أن يترك ملكه abandon فيرتب على ذلك اثارا معينة • فمالك المنقول اذا تركه صار شيئا مباحا يحق لمن يجده ان يتملكه بالاستيلاء وحائز العقار المحمل بالتزام عينى يستطيع ان يلجأ الى تخليه العقـــار délaissement بحيث توجه الاجراءات الى حارس يعين على العقار ولا يفقد الحائز الملكية الا اذا انتهت الاجراءات باكتسابها بواســـطة شخص آخر [٥] •

١٧ ــ ثانيا : الاستغلال : قد يستغل المالك ملكه استغلالا مباشرا كمن يملك أرضا فيزرعها ويبيع محصولها . أو يملك سيارة فيجعلهـا « تاكسى » يقوده بنفسه • وقد يستغلها بطريق غير مباشر . كما اذا أجر الأرض لفلاح يزرعها ، أو أجر دارا أو شقة للغير مقابل اجرة معينة •• والاستغلال كالاستعمال الأصل فيه الاطلاق ؛ والتقييد استثناء • فالطابع الفردى فيه هو الأصل والطابع الاجتماعى استثناء • فقد يقيد القـانون مالك البناء بأجرة معينة لكل وحدة من وحداته تحدد طبقا لضوابط معينة . وقد ينص على امتداد عقود الايجار بقوة القانون بعد انتهــــاء مدتها (الامتداد القانونى) وقد يحدد قيمة ايجار الاراضى الزراعية (فى مصر الأجرة سبعة أمثال الضريبة) • والاستغلال حق للمالك . له أن يمارسه وله الا يمارسه ما لم يقض القانون بضرورة استغلال معين [٦] •

١٨ ــ ثالثا : التصرف : التصرف هو نقل ملكية الشىء أو جزءه

---

(٥) السنهورى ، جـ ٨ ، فقرة ٣٠١ ، ص ٤٩٨ ــ ٤٩٩ .

(٦) السنهورى ، جـ ٨ ، فقرة ٣٠٢ ، ص ٤٩٩ ــ ص ٥٠١ .

الى الغير أو ترتيب حق عيني عليه، وهذا هو التصرف القانوني، أما التصرف المادي فقد قدمنا أنه يختلط باستعمال الشيء ويكون باستهلاك الشيء أو اتلافه [٧] والمالك له حق التصرف القانوني في الشيء حال الحياة سواء ببيعه أو هبته أو اقراضه أو الاكتتاب به حصة في شركة ، أو لما بعد الموت كالوصية به ، وله أن يتصرف بعوض أو بغير عوض . وله ان يتصرف في حق الملكية جملة أو يتصرف في عنصر أو أكثر من عناصرها ، فاذا رتب حق انتفاع للغير على ملكه كان ذلك تصرفا في عنصري الاستعمال والاستغلال ، واذا انشأ للغير حق استعمال كان ذلك تصرفا في عنصر الاستعمال ، واذا انشأ حق سكنى كان ذلك تخصيصا للاستعمال بأن ينحصر في السكنى وحدها أي سكنى صاحب الحق واسرته وحدهم ، وفي هذه الحالات يحتفظ المالك بملكية الرقبة . وبمجرد انتهاء الحق الذي رتبه للغير بوفاة هذا الغير او بانتهاء المدة المحددة يعود الحق الى المالك ، فتنضم عناصر الملكية بعد تشتت . اما اذا انشأ المالك حق ارتفاق على ملكه فهو يحتفظ بملكيته بعناصرها كما هي ، ويبقى حق الارتفاق دائما ، وقد يكون مؤقتا بمدة معينة ينقضي بانقضائها وقد يرتب المالك حق رهن على ملكه سواء كان رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . وقد يفرض القانون على سلطة المالك في التصرف بعض القيود ، كما في قوانين الاصلاح الزراعي ، أو في نصوص ملكية الاسرة [٨] وقد تكون القيود على الملكية ارادية . وهذه سنعالجها مع أوصاف الملكية .

---

(٧) ديكرو ، فقرة ٣٥١ ، ص ٢٥٦ .

(٨) السنهوري ، جـ ٨ ، الفقرتان ٣٠٥ و ٣٠٦ ، من ص ٥٠١ — ص ٥٠٤ .

الفصل الثالث

خصائص حق الملكية

١٩ — يتميز حق الملكية بالخصائص التالية .

أولا : الملكية حق جامع

ثانيا : الملكية حق دائم

ثالثا : الملكية حق ذاتي

رابعا : الملكية حق ذي وظيفة اجتماعية

وفيما يلي نتناول كلا من هذه الخصائص في مبحث خاص .

الملكية حق جامع مانع

٢٠ — الملكية حق جامع مانع فهي حق جامع يشمل عناصر الاستعمال والاستغلال والتصرف . وهذه العناصر لا تجتمع في حق غيره . فكل حق عيني آخر اما ان يشمل عنصرا أو عنصرين من هذه الثلاث . غير عنصر التصرف في الرقبة بالذات[1] وسلطة المالك في ملكه لا يحدها الا ما يحرمه القانون . فالأصل في الملكية الاباحة والتحريم استثناء ويستتبع هذا النتائج التالية :

١ دكرو . فقرة ٣٥٢ — ص ٢٥٦ .

١ ــ ان القيد او التحريم لا يكون الا بنص ، وهذا النص باعتباره استثناء لا يتوسع فى تفسيره •

٢ ــ متى ثبتت الملكية لشخص ، فهى تثبت له بعناصرها الثلاث كاملة ومن يدعى أن له حق انتفاع او ارتفاق أو غير ذلك عليه ان يثبت ما يدعيه فاذا اخفق فى اثبات ذلك ظلت الملكية كاملة مستجمعة عناصرها خالية من القيود •

٣ ــ الحقوق التى تتفرع عن حق الملكية تكون بالضرورة مؤقتة . وبانقضائها يعود حق الملكية حقا جامعا كما كان [٢] • فالحقوق المتفرعة عن الملكية ينتقص منها مرور الزمن ، اما حق الملكية ذاته فيزيده الزمن قوة باعادة عناصره اليه •

٢١ ــ والملكية حق مانع أى مقصور على صاحبه لا يشاركه فيه غيره [٣] فلا يتصور ان يكون الشىء الواحد مملوكا ملكية تامة لعدة أشخاص فى وقت واحد ، وانما يتصور ان يكون لكل منهم نصيب أو حصة فى ملكيته • واذا كان من المستساغ فى مجال الحقوق الشخصية أن نتصور مدينا له دائنان متضامنان يملك كل منهما الدين كله ويستطيع أن يطالبه به كله . فان ذلك غير ممكن فى مجال الملكية لكونها حقا مانعا فثبوته لشخص يمنع ثبوته لغيره • وبالتالى لا يجوز لغيره أن يتدخل فى ملكية هذا الشخص [٤] •

---

(٢) السنهورى ، جـ ٨ ، فقرة ٣٢٥ ، ص ٣٥٩ ــ ص ٥٣٠ .

(٣) مازو ، فقرة ١٣٠٦ ، ص ١٠٤١ .

(٤) عرفة ، فقرة ١٥٩ ــ ص ٢١١ . وكانت المادة ٨٠٢ من مشروع التقنين المدنى المصرى تنص على أن « لمالك الشىء مادام ملتزما حدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وان يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير بشرط ان يكون ذلك متفقا مع مالحق الملكية من وظيفة

٢٢ — ويحد من فكرة الحق الجامع المانع قيود قانونية على سلطات المالك منها : ما يرد على عنصر الاستعمال كقيود الجوار . ومنها ما يرد على عنصر الاستغلال مثل التسعير الجبري للسلع . وتحديد ايجارات الأماكن . ومنها مايرد على سلطة التصرف . مثل حق الشفعة ومبدأ نزع الملكية للمنفعة العامة[٥] كذلك تأميم المشروعات الصناعية كالكهرباء والغاز وتأميم البنوك وشركات التأمين كل هذه تعتبر مساسا خطيرا أو انتهاكا atteinte لحق الملكية[٦] .

اجتماعية » . وقد عدل هذا النص فاصبح « لمالك الشيء وحده .... » تأكيدا للمنع من التدخل فى ملك الغير . كذلك كانت المادة ١١٧ من المشروع التمهيدى تنص على انه « اذا تدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه وكان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطر داهم هو اشد كثيرا من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل . فليس للمالك ان يمنع ذلك . وانما له ان يحصل على تعويض عما اصابه من الضرر » وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ « لما يؤدى اليه من انتهاك حرمة ملك الغير . وما قد يخلقه من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها . وقد رات اللجنة الاخذ بهذا الاقتراح ، ولكن على اساس ان النتيجة العملية من النص تتحقق فى الكثرة الغالبة من الاحوال دون حاجة الى نص من ناحية وان فى فكرة التعسف فى استعمال الحق ماقد يغنى عن احكام هذه المادة فى كثير من الفروض التى تقتصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة .

(٥) السنهورى ، فقرة ٣٢٧ . ص ٥٣٢ — ٥٣٣ .

(٦) مازو . الفقرتان ١٣٣٤ و ١٣٣٥ . ص ١٠٥٦ — ص ١٠٥٧ .

المبحث الثانى

الملكية حق دائم

٢٣ ـ الملكية حق دائم مادام الشىء الذى ينصب عليه موجودا، فاذا هلك الشىء انقضى حق الملكية . فهذا الحق مرتبط دائما ومنذ العصور القديمة بالشىء الذى يكون محلا له . وليس لغير هذا الحق من الحقوق العينية صيغة الدوام هذه . فالحقوق العينية التبعية تضمن حقوقا شخصية ، وتنقضى بانقضاء الحق الشخصى الذى تضمنه . وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق السطحية (الحكر) كلها حقوق تنقضى بانتهاء المدة المحددة لها . وحقوق الارتفاق وان كان الأصل فيها الدوام الا أن هناك طرقا تنقضى بها اما حق الملكية فلا ينقضى الا فى حالة واحدة هى : هلاك الشىء محله .

وحتى عندما تنتقل ملكية الشىء من شخص الى آخر ، فان الملكية باقية فى يد المالك الجديد[٧] ، ومن هنا تبقى دائمة وان تغير المالك ، أى ان الدوام يتعلق بالملكية لا بالمالك .

٢٤ ـ ويترتب على كون الملكية حقا دائما ، انها لا تسقط بعدم الاستعمال non usage فالمالك حر فى أن يستعمل ملكه أو لا يستعمله كما رأينا . فاذا لم يستعمله لا تزول عنه ملكيته ، لأن عدم الاستعمال مظهر لاطلاق الملكية كالاستعمال وعلى خلاف ذلك نجد الحقوق الشخصية فهى تسقط بالتقادم . فالتقادم المسقط لا يلحق حق الملكية . واذا وضع شخص يده على ملك شخص آخر واكتسب ملكيته بالتقادم

---

(٧) عرفه ، فقرة ١٦٠ ـ ص ٢١١ .

المكسب . فان المالك القديم الذى فقد الملكية لم يفقدها بالتقادم المسقط، وانما بسبب اكتساب شخص آخر للملكية أى نتيجة لواقعة التقادم المكسب[٨] .

وما دام حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط . فكذلك دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم المسقط[٩] .

والمنقول مثل العقار فى هذا . فملكيته حق دائم لا يلحقه التقادم المسقط أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب . فيلاحظ أن قاعدة « الحيازة فى المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند الملكية » تلعب دورا حصريا فى ملكية المنقولات بلا تقادم مكسب ومن ناحية أخرى فان بعض التشريعات تعتبر تخلى الشخص عن ملكه نزولا عن ملكيته يجعل المنقول

---

(٨) السنهورى . فقرة ٣٣٠ . ص ٥٣٧ — ص ٥٣٨ .

(٩) هذه الدعوى تثير خلافا فى الفقه الفرنسى . فهناك رأى يذهب الى أن حق الملكية يمكن ان يلحقه التقادم . ويستند الى حجة من الواقع هى أن المالك الذى يهمل أمر ملكه زمنا طويلا يكون غير جدير به وبحمايته لصالحه والى حجة من القانون هى المادة ٢٢٦٢ مدنى فرنسى التى تنص على أن جميع الدعاوى العينية والشخصية تسقط بالتقادم الثلاثينى la prescription trentenaire ودعوى الاستحقاق لا تخرج عن كونها دعوى عينية تسقط بالتقادم ولكن يعترض على هذا الرأى بأنه من ناحية نجد للمالك حرية استعمال وعدم استعمال ملكه ، فاذا لم يستعمله لا يعتبر مهملا ، وحتى لو كان مهملا فهذا اهمال فى حق نفسه لا فى حق الغير ، ومن ثم فلا خطأ فيه . ولا تنحسر الحماية القانونية عن هذا المالك الا عندما يتعلق الأمر بالغير الذى وضع اليد على الشىء المدة القانونية اللازمة للتقادم المكسب ، فان هذا الأخير هو الذى يفضل على الأول وعندئذ تخفق دعوى الاستحقاق فى الأخذ بيد المالك السابق نتيجة للتقادم المكسب لا لأنه لحق بها تقادم مسقط . أما اذا كان الشىء باقيا كما هو لم يضع أحد من الغير يده عليه . فما الذى يجعل دعوى الاستحقاق تسقط اذا كان لم يظهر من يمكن أن يستخدم ضده . ولذلك يصر القضاء الفرنسى على دوام دعوى الاستحقاق كحق الملكية ذاته . انظر مازو . فقرة ١٣٤٩ ، ص ١٠٦٥ — ص ١٠٦٧ .

لا مالك له • فمثلا المادة ١/٨٧١ من التقنين المدنى المصرى تنص على أن « يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » •

٢٥ ـــ ودوام حق الملكية يعنى انها بطبيعتها لا تقبل التوقيت ، وبناء على ذلك يرى بعض الفقه ان دوام الملكية يعنى عدم جواز اضافة الملكية الى أجل واقف أو فاسخ • بينما يعارض فقهـاء آخرون هـذا الاتجاه[١٠] وفيما يلى حجج القائلين بجواز اقتران الملكية بالأجل. والرد عليها :

أولا ـــ من الممكن أن تقترن الملكية بشرط فاســخ ، فاذا تحقق الشرط زالت الملكية ، وهذا دليل على ان الملكية يمكن أن تكون مؤقتة

ولكن يرد على ذلك بأن الأجل فى هذا الشأن غير الشرط . فالأجل لابد أن يحل ، أما الشرط الفاسخ فيمكن أن يتخلف فتظل الملكية دائمة أما اذا تحقق فان زوال الملكية يتم بأثر رجعى بمعنى انها تعتبر انهـا لم توجد أصلا . والفرق ظاهر بين ماهو مؤقت ، وما هو غير موجود •

ثانيا ـــ ان الملكية الأدبية والفنية والصـناعية هى أيضـا مؤقتة فتحدد القوانين لها مدة لا تجاوز فى العادة خمسين سنة •

---

(١٠) من القائلين بأنه لا يجوز اقترن المكية بأجل . مازو . فقـرة ١٣٩٤ ص ١٠٩٤ ، السنهورى ، فقرة ٣٣١ وما بعدها ، شفيق شحاتة، النظرية العامة للحق العينى ، ٣٩٥١ فقرة ١٣٢ ، عبد المنعم البدراوى ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٥٦ ، فقـرة ١٣ ، اما من يقولون بجـواز اقترانها بالأجل فمنهم : اسماعيل غانم : الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦١ فقرة ٢٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ١٩٦٤ ، فقـرة ١٥ ، حسن كيره ، لحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٥ ، فقرة ٥٢ .

ولكن يرد على هذا بأن هـذه الأنواع من الحقوق ليست حقوق ملكية بالمعنى الصحيح. وانما هى حقوق عينية أصلية غير حق الملكية ، وهى صورة حديثة من هذه الحقوق العينية .

ثالثا ــ ان عقد البيع الابتدائى يعتبر تأقيتا للملكية ، لأن ملكية البائع تكون مؤقتة بالأجل المتفق عليه لتوقيع العقد النهائى وتسجيله .

ولكن يرد على ذلك بأن ملكية البائع ملكية دائمة كما هى ، ولكنها مقترنة بالتزام على البائع بنقل الملكية الى المشترى ، فالأجل ليس واردا على الملكية ، وانما على الالتزام بنقل الملكية .

رابعا ــ اذا اتفق المالك مع المستأجر على أن المبانى التى يقيمها هذا الأخير فى العين المؤجرة . تبقى ملكا للمالك عند نهاية الايجار دون تعويض المستأجر أو مع أداء تعويض . فمعنى هذا ان ملكية المستأجر هنا مؤقتة بمدة الايجار .

ولكن رد الفريق الآخر على هذا بأن المبانى هنا ملك للمالك منذ انشائها وليس للمستأجر عليها سوى حق انتفاع . وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان عقد الايجار منصوصا فيه على أن كل مايحدثه المستأجر فى الاعيان المؤجرة من اصلاحات أو انشاءات يكون ملكا للمؤجر . ثم باع المؤجر هذا الاعيان . فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع . فتنتقل بحكم القانون الى المشترى . وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان(١١) .

---

(١١) نقض مدنى مصرى ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ - مجموعة احكام النقض ٨٣/١٦/٣ .

أما اذا كانت الصورة هي الاتفاق على ان المباني التي يقيمها المستأجر اذا بقيت في نهاية مدة الاجارة يتملكها المالك مقابل تعويض . فان هذه الصورة لا يكون الأمر فيها متعلقا بالأجل . بل بالشرط . فالمالك يملك المباني ملكية معلقة على شرط واقف هو عدم عدم قيام المستأجر بهدمها قبل انتهاء المدة ، فان تحقق الشرط ولم تهدم المباني زال التعليق وثبتت الملكية دائمة ، وان تخلف الشرط وهدمت المباني زالت الملكية بأثر رجعي وتعتبر أنها لم توجد أصلا[١٣] .

ويضيف أنصار عدم تأقيت الملكية . ان اقترانها بأجل يتنافر مع طبيعتها وعناصرها . فاذا افترضنا ملكية مقترنة بأجل مدته سنة . لوجدنا هذه الملكية غريبة على عناصر حق الملكية التي عرفناها . فالمعروف ان مالك الشيء له أن يتصرف فيه تصرفا قانونيا ، أو تصرفا ماديا كيفما شاء ولو الى حد اعدامه . فاذا كان المالك المؤقت بمدة سنة حق التصرف القانوني واعدام الشيء ، هل يمكن أن ترجع الملكية الى المالك الأصلي بعد انتهاء السنة ؟ ان الرد على ذلك اما أن يكون بحرمان المالك المؤقت من سلطات التصرف القانوني والمادي في الشيء حتى يمكن أن تعود الملكية بعد السنة الى المالك الأصلي ، وعندئذ لا يكون لهذا المالك المؤقت حق ملكية بل يكون له مجرد حق انتفاع ، لأنه ينتفع بالشيء ولا يستطيع أن يتصرف فيه . واما أن يكون الرد بتخويله سلطات التصرف وعندئذ تكون ملكيته دائمة لا مؤقتة لأن تصرفه سيمتد أثره الى ما بعد السنة المحددة بالضرورة . ولن ترجع الملكية بهذا التصرف الى صاحبها الأصلي . اذن ماهي قيمة اشتراط عودة الملكية الى المالك الأصلي بعد سنة ، وهل يكون مثل هذا التمليك صحيحا قانونا وهل ارادة الأفراد هنا حرة في

---

(١٣) انظر في هذه الحجج والرد عليها ، السنهوري ، فقرة ٣٣١ ، ص ٥٣٩ .

ان تنشىء مثل هذا النوع من الملكية طبقا لمبدأ سلطان الارادة ، كما هو الشأن فى مجال التصرف القانونى عامة ؟ الواقع انه لا توجد فى هذه الحالة ملكية مؤقتة . وكل مافى الأمر هو أن المالك لمدة سنة قد تملك ملكية دائمة . مقترنة بوعد باعادة الملكية الى المالك الأصلى بعد سنة ، أى أن هناك وعدا منه بابرام تصرف قانونى لصالح المالك الأصلى بعد سنه . فاذا وفى بالوعد انتقلت الملكية الى المالك الأصلى . وان لم يف بقيت له الملكية أو نفذ ماأراده من تصرف آخر فيها . وكان مسئولا أمام المالك الأصلى عن التعويض[١٣] وفى هذا احترام لمبدأ سلطان الارادة لأن الارادة هنا ظهرت فى صورة عقد الوعد ولكن لاتوجد ملكية مؤقتة على أية حال .

---

١٣ السنهورى فقرة ٣٣١ ــ ص ٥٤ ـ ص ٥٤١ .

المبحث الثالث

الملكية حق ذاتي

٢٦ — الملكية حق ذاتي يستطيع صاحبه أن يستعمله كيفما شاء، وأن يستغله كيفما شاء وأن يتصرف فيه كما يشاء . يستطيع أن يستعمله لنفسه أو لأسرته أو لأقاربه أو يمنح استعماله الى أصدقائه أو غيرهم . ويستطيع أن يعطي منفعته بمقابل وبغير مقابل ، ويستطيع أن يرتب عليه حقوقا للغير ، ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة أوجه التصرفات القانونية والمادية . وكل ذلك يعني أن حق الملكية حق ذاتي ، حق مقصور على صاحبه يعطيه كلَ هذه السلطات على الشيء[١٤] يمارسها وحده . وليس لغيره ممارستها على الشيء الا باذن منه . أو بمقتضى عقد يبرمه معه ، فتتمثل الذاتية عندئذ في خضوع كل عمل على الشيء لارادة مالك الشيء . والملكية كذلك حق ذاتي في كل مايشمله من نطاق . بمعنى أن كل نطاق حق الملكية خاضع لمشيئة المالك . فملكية الأرض تشمل العلو والعمق وتشمل الثمار والمنتجات ، وتشمل مايلتصق بها من غراس ومبان . وتبعية هذه المكونات للشيء الأصلي تعتبر مظهرا من مظاهر ذاتية الحق، لأنها بدورها خاضعة لارادة ومشيئة المالك خضوع الشيء الأصلي ذاته. ولهذه الذاتية وجه قانوني في غاية الأهمية ، يتمثل في حماية القانون لهذا الحق بعناصره وبما يشمله داخل نطاقه فيستطيع المالك أن يشهر هذه الحماية القانونية في وجه كل من ينال من حقه سواء بادعاء قانوني أو باعتداء مادي .

ولكن ذاتية وفردية حق الملكية ليست مطلقة كما قد يظهر لنا . بل هي تتقيد بضوابط تتقرر لمصلحة المجتمع . وهذه الضوابط هي مااصطلح على تسميته بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وننتقل الآن الى بسطها

---

(١٤) السنهوري ، فقرة ٣٣٣ — ص ٥٥٠ — ص ٥٥٣ .

المبحث الرابع

الملكية حق ذى وظيفة اجتماعية

٢٧ — لم يعد حق الملكية ذلك الحق المطلق الى أقصى حدود الاطلاق كما صوره التقنين المدنى الفرنسى فى مطلع القرن الماضى • فقد كان للاتجاهات والمذاهب الاشتراكية تأثير كبير فى الحد من هذا الاطلاق • وأصبح حق الملكية فى جوهره حقا ذاتيا ، وفى استعماله حقا اجتماعيا • ونتيجة لذلك ظلت القيود تأتى واحدا وراء الآخر . حتى وصلت بعض الاتجاهات الى المغالاة فى ذلك مغالاة غير مقبولة ، كما فى المجتمعات التى ألغت الملكية فى قطاعات الانتاج والخدمات •

والمقرر الآن حتى فى المجتمعات الرأسمالية ، هو أن الملكية لها وظيفة اجتماعية تؤديها ، فليس الأمر فيها مجرد تحقيق المصالح الذاتية الفردية للمالك ، وانما هناك مصالح اجتماعية عامة وخاصة تتأثر بذلك . وعندما يقع التعارض بين المصالح الفردية والاجتماعية . يتعين الموازنة والمفاضلة بينها . وقد ينتهى الأمر الى تفضيل المصالح الاجتماعية على الفردية . وهذه الموازنة قد يقوم بها المشرع وقد يقوم بها القاضى •

ومن القيود الاجتماعية على الملكية ماهو مقرر للمصلحة العامة . فاذا اكتشف منجم فى أرض مملوكة لأحد الأفراد . فهذا المنجم ملك للدولة . وعلى المالك أن يتحمل فى ملكه الأعمال التى تلزم لاستغلال هذا المنجم على أن يعوض عن الأضرار التى تصيبه من جراء ذلك •واذا احتاجت المصلحة العامة الى مد أسلاك الكهرباء وأنابيب الغاز أو المياه أو أسلاك التليفونات عبر أحد الأملاك الفردية فان المالك ليس له أن

يعترض على ذلك ، لأن المصلحة العامة فى ذلك تتفوق على مصلحته الخاصة • واذا وصلت أهمية مشروع معين الى درجة تستلزم وضعه تحت يد الدولة لتديره لحساب مجموع الشعب ، كان لها أن تؤممه . واذا احتاجت الدولة الى اقامة منشئات عامة فى مكان مملوك لأحد الأفراد ، كانشاء مطار أو شق طريق أو بناء سد فانها تستطيع أن تنزع ملكية صاحب هذه الأرض ، وكل ذلك مقابل تعويض عادل •

٢٨ ـ ومن أبرز القيود التى تقررت للمصلحة العامة ما يسمى حقوق الارتفاق الادارية ، وهى تتمثل فى تقيد ملاك الأبنية بخط معين لا يتجاوزونه عند اقامة البناء ، يسمى عادة خط التنظيم حتى تبقى الشوارع والطرقات مستقيمة ويقتضى هذا الحصول على ترخيص من الجهة الادارية المختصة أو موافقتها على الرسم المعد للبناء المزمع اقامته• وتتمثل هذه الارتفاقات الادارية كذلك فى حق الحكومة فى قلع الاشجار اذا اعترضت سير المياه فى الأودية أو القنوات كذلك هناك قيود مقررة للصحة العامة أو الأمن ، مثل منع الأفراد من اقامة محلات مقلقة للراحة (تحدث ضجيجا غير عادى) أو محلات خطرة على الصحة أو سلامة الأفراد فى أماكن معينة هى عادة مناطق سكنية . ومثل التزام المزارعين باتخاذ اجراءات معينة لمقاومة بعض الآفات الزراعية[١٥] •

٢٩ ـ ومن القيود الاجتماعية ما هو مقرر للمصلحة الخاصة ، لأن مصلحة فرد أو أفراد آخرين تبدو أرجح من مصلحة المالك • وقد تكون هذه القيود أعمالا سلبية تطلب من المالك . وقد تكون أعمالا ايجابية يسمح للغير بأن يقوم بها وقد تكون أعمالا ايجابية يتعين على المالك القيام بها •

---

(١٥) السنهورى ، فقرة ٣٣٩ ـ ص ٥٥٥ ـ ٥٥٦

فتقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية من المالك بعض الأعمال السلبية منها عـدم الاضرار بجيرانه . وأن يتحمل منهم مضار الجوار المألوفة . واذا كانت ملكية العلو فى بناء لشخص وملكية السفل لآخر . فان مالك العلو لا يجوز له أن يزيد فى الارتفاع بالبنـاء بحيث يضر بالسفل (المادة ٨٦١ مدنى مصرى) •

وقد تقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية اجبار المالك على تحمل أعمال ايجابية يقوم بها الغير • فاذا كانت هناك أرض محجوبة عن الطريق العام أو عن مصادر المياه ومصارفها بأراضى أخرى . أمكن تقرير حق المرور لصاحبها فى الأراضى المجاورة ليصل الى الطريق العام . أو تقرير حق الشرب لهذه الأرض بتوصيل الماء اليها عبر بعض الأراضى المجاورة أو تقرير حق المسيل لها بترك الماء الفائض عن حاجتها ينساب الى المصارف العامة عبر المصارف الفرعية فى الأراضى المجاورة •

وقد تستدعى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الوصول الى درجة بعيدة من المساس بحق المالك وصفته المطلقة . وذلك عندما تلزمه بأن تقوم بأعمال ايجابية لصالح الغير • منها مثلا فى صورة توزع ملكية العلو والسفل بين شخصين حيث من الواضح ارتكاز بقاء العلو على وجـود السفل ، فيلزم صاحب السفل بأن يقوم بالترميمات الضرورية فى سـفله لمنع سقوط العلو[١٦] • ومنها خضوع الأقلية لرأى الأغلبية فى الملكية

---

(١٦) تقضى المادة ٨٥٩ مدنى مصرى بأنه فى حالة امتناع صـاحب السفل عن الترميم يجوز للقاضى أن يأمر ببيع السـفل ولقـاضى الأمور المستعجلة ان يأمر باجراء الترميمات العاجلة وتفرض المادة ٨٦٠ مـدنى مصرى على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله اذا انهدم البناء . فاذا امتنع حاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل الا اذا طلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه .

الشائعة والامتثال لتنفيذه ومنها الزام المالك بامتداد عقد الايجار بعد انتهاء مدته بقوة القانون حرصا على مصلحة المستأجر الذى قد لا يجد سكنا آخر •

٣٠ — ويجب أن ننبه هنا الى أن التحوير فى تعبير الوظيفة الاجتماعية قد يؤدى الى نتائج عكس المطلوبة • فاذا قلنا ان الملكية لها وظيفة اجتماعية فمعنى هذا ان الملكية فردية وتتقيد ببعض القيود لصالح المجتمع • غير أن البعض قد يعبرون عن الملكية بأنها هى نفسها وظيفة اجتماعية وعندئذ تكون الملكية مقررة لصالح المجتمع ويجوز أن يجنى الفرد من ورائها نفعا له ؛ فيكون المنطلق فى هذا الرأى عكس الأول . فى الرأى الأول تكون الملكية مقررة لمصلحة المالك على أن يراعى مصالح المجتمع عندما يقتضى الأمر ذلك ، أما الرأى الثانى فتكون الملكية فيه لصالح المجتمع ثم يعود بعض النفع على الفرد • ولا شك فى أن هذا الاتجاه الثانى غير مقصود بل وغير مقبول ؛ وهو لا يتقرر الا اذا كان الاتجاه نحو الغاء الملكية الفردية كما وقع فى الاتحاد السوفيتى •

أما الاتجاه المعتدل الذى تجمع عليه تقريبا الدول غير الشيوعية، فهو الابقاء على الملكية الفردية مقيدة بوظيفة اجتماعية تؤديها لصالح المجتمع[١٧] •

---

(١٧) كاد البرلمان المصرى ينزلق الى الراى الآخر غير المقبول ،وذلك عن غير قصد .اذا كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا على سلطات المالك على عناصر ملكيته مع تقييدها بشرط ان يكون ذلك متفقا مع مالحق الملكية من وظيفة اجتماعية « فقد اعترض على هذا الشرط بعض أعضاء مجلس الشيوخ قائلا ان اعتبار حق الملكية وظيفة اجتماعية ؛ يعتبر تصويرا لمذهب فلسفي ورد عليه البعض الآخر بأن هذا الحق ليس مطلقا لأحد « بل هو وظيفة اجتماعية يطلب من المالك القيام بها » .. والواقع ان هذه التعبيرات لم تكن مقصودة بما يحمله ظاهرها ؛ والنص لم يكن يجعل الملكية وظيفة اجتماعية بل كان يشترط فى استخدامها أن يكون متفقا مع مالحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، لذلك يحذر الفقه من هذا المنزلق الخطير . انظر السنهورى ، فقرة ٣٣٢ — ص ٥٤٨ — ص ٥٤٩ .

٣١ — وفى نطاق جعل الملكية حقا ذا وظيفة اجتماعية . يميز الفقهاء بين قطاعات مختلفة . يتفاوت فيها عمل الوظيفة الاجتماعية : قطاع الاستهلاك وقطاع الخدمات العامة . وقطاع الانتاج . ففى قطاع الاستهلاك لا تظهر الوظيفة الاجتماعية تقريبا . وحتى النظم المتطرفة تترك الملكية الفردية فى الأشياء الاستهلاكية ملكية خالصة من القيود . فملابس الشخص وأدواته وفراشه ومسكنه كل أولئك ملك خالص له حتى فى ظل النظام الشيوعى[١٨] أما فى قطاع الخدمات العامة مثل توزيع الماء والكهرباء والمرافق الصحية والتعليمية فتظهر الوظيفة الاجتماعية أكثر . ويفضل أن يكون اشباع حاجات الأفراد من هذه المرافق بواسطة الدولة ولكن لا على المستوى القومى بل على مستوى كل اقليم بمعنى أن يتولى كل اقليم الوفاء بحاجة سكانه . ومع ذلك يمكن أن يكون للملكية الفردية مجال فى هذه الخدمات . مثل انشاء المدارس الخاصة وانشاء المستشفيات والمستوصفات . على أن تكون الملكية الفردية هنا خاضعة لرقابة الدولة . حتى لا يطغى السعى الى الربح على مستوى الخدمة . وفى القطاع الأخير وهو قطاع الانتاج يشتد ظهور الوظيفة الاجتماعية . ولكن تتفاوت الدول فى تقدير مداها . فالدول الاشتراكية تجعل وسائل الانتاج فيه ملكا للدولة أما الدول الرأسمالية الحديثة فتكتفى بتأميم مشروعات قليلة العدد كبيرة الأهمية بالنسبة للاقتصاد القومى مثل صناعات الحديد والصلب . أما المشروعات الانتاجية التى تبقى ملكية خاصة فيجب أن تخضع لرقابة وتوجيه من جانب الدولة وأن

---

(١٨) المادة ١٠ من دستور الاتحاد السوفيتى الصادر فى ٥ ديسمبر ١٩٣٦ تنص على ان « حق الملكية الشخصية للمواطنين فى دخلهم وادخالهم وفى منزل السكنى وما يتبعه من اقتصاد منزلى ، وفى الأشياء التى تفى بالحاجات المنزلية وفى الأشياء المخصصة للاستهلاك وللحاجات الشخصية وكذلك الحق فى انتقال الملكية الشخصية للمواطنين عن طريق الميراث كل هذا يحميه القانون » انظر : السنهورى : جـ ٨ — ص ٥٦٤

يؤدى أصحابها حق المجتمع فى هيئة ضرائب وأرباح للعاملين باعتبار آن الانتاج هو محصلة العمل ورأس المال[١٩] .

٣٢ ـ وقد تضمن المرسوم الملكى المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب نصوصا على الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية فى الفصلين التاسع والعاشر فينص الفصل التاسع على أن « الملكية العقارية هى حق التمتع والتصرف فى عقار بطبيعته أو بالتخصيص على أن لا يستعمل هذا الحق استعمالا تمنعه القوانين أو الأنظمة » .وينص الفصل العاشر على أن « لا يجبر أحد على التخلى عن ملكه الا لأجل المصلحة العامة ووفق القوانين الجارى بها العمل فى نزع الملكية » . كذلك نص الفصل ١٥ من الدستور المغربى على الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية وقد تقدم نصه .

---

(١٩) السنهورى ، الفقرات ٣٤٧ ـ ٣٤٩ ـ ص ٥٦٥ ـ ص ٥٦٧ .

الفصل الرابع

نطاق حق الملكية

٣٣ ــ تنصب الملكية ــ باعتبارها حقا عينيا ــ على شيء معين بالذات منقولا كان او عقارا . وتشمل الملكية الشيء في ذاته بجميع أجزائه كما تشمل الملكية ملحقات الشيء وثماره بأنواعها ومنتجاته . واذا كان الشيء ارضا فالملكية تشمل السطح وتشمل ما فوقه وما تحته. واليك بيان كل ذلك في المباحث التالية :

المبحث الأول : ملكية الأرض .

المبحث الثاني : ملكية أجزاء الشيء وملحقاته وثماره ومنتجاته .

المبحث الأول

ملكية الأرض

٣٤ ــ تشمل ملكية الأرض السطح . فهو الذي يعيش عليه الانسان ويرتبط به . واذا انفصل الانسان عنه فلا يكون هذا الانفصال الا وقتا يسيرا ثم لا يلبث أن يعود اليه . فملكية الانسان للسطح هي الأصل . ويتبع السطح ما يعلوه ارتفاعا . وما تحته من الأعماق فالملكية ليست مجرد سطح او مساحة فحسب بل هي كتلة او حجم volume [1] ويترتب على اعتبار السطح هو الأصل والعلو والعمق تابع . ان مالك

---

(١) مازو : فقرة ١٣٥٧ ــ ص ١٠٧٥ .

السطح لا يكلف بأن يثبت ملكيته للعلو والعمق ـ لأنها تتبعه بالضرورة. أما من يدعى ملكية العلو وحده أو العمق وحده فهو يكلف باثبات ذلك واذا تعارض ادعاء هذا الشخص مع حق من ثبتت له ملكية السطح ـ ولم يستطع أن يقيم الدليل على ملكيته للعلو او العمق الذى يدعيه بقيت الملكية على أصلها ـ أى يبقى العلو والعمق تابعان لمالك السطح ويترتب على هذه الفكرة أيضا أن ما على السطح من غراس أو بنـاء يعتبر من صنع مالك السطح على نفقته ، وحتى إذا أقامها غيره فهو يتملكها بالالتصاق أى باتصالها بالأرض لأنها تكون تابعة للاصل . وقد نصت على ذلك كل التقنينات العربية[٢] •

٣٥ ــ غير انه لا يتصور مع ذلك ان يكون حق ملكية الأرض مطلقا بلا حدود ، سواء فى الأجواء أو فى الأعماق • فلا يتصور أن يدعى

---

(٢) نص التقنين المدنى المصرى فى المادة ٢/٨٠٣ على ان « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا او عمقا » وتطابقها المادة ٨٦٩ مدنى سورى والمادة ٨١٢ مدنى ليبى وتوافقها المادة ١٠٤٩ مدنى عراقى . والمادة ١٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ونصها « تشمل ملكية الأرض ملكية ما فوق السطح وما تحته ، وعليه فان لمالك الأرض ان يغرس ما يشاء من الأغراس • وان يبنى ما يشاء من الأبنية ، وان يجرى فيها حفريات الى اى عمق شاء ؛ وأن يستخرج من هذه الحفريات كلما يمكن انتنتجه ضمن التقيدات الناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة . وفى القانون المغربى ينص الفصل ١١ عقارات محفظة على أن ملكية العقار تعطى حق التملك لكل ما ينتجه وما يضم اليه وما يدمج فيه بالالصاق اما طبيعيا او اصطناعيا . وينص الفصل ١٤ على أن كل ما يضم للعقار او يدمج فيه فهو للمالك حسب القواعد الآتية . الفصل ١٥ يجوز لمالك الأرض ان يقيم عليها جميع انواع المغروسات والبناءات التى يرتئيها . . . كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء وان يقوم بكل تنقيب يرتئيه وان يستخرج جميع المواد التى يمكن ان يحصل عليها ماعدا الاستثناءات . . وهذه النصوص تعتبر تطبيقا لنفس الفكرة اىان المشرع المغربى يأخذ بنفس القاعدة الموجودة فى القوانين العربية الأخرى وهذه القاعدة ترجع الى القانون الرومانى ثم الى القانون المدنى الفرنسىالذى نص عليها فى المادة ١/٥٥٢ منه

الانسان انه يستطيع أن يستخدم ملكه الى ارتفاع آلاف الكيلومترات، او الى عمق عشرات الكيلومترات ، اذ انه من الناحية العلمية لا يوجد استخدام للملكية الى هذه الحدود أو الى أقل منها بكثير . لذلك فان المستساغ فى هذه الحالة ان يكون استخدام العلو او العمق الى الحد المفيد الذى يستطيع الانسان أن يستخدمه فعلا . فيمكن للانسان مثلا ان يرتفع ببنائه الى مائة طابق أو أكثر كما هو الشأن فى ناطحات السحاب فى الولايات المتحدة الأمريكية ويمكنه ان يحفر فى الأرض الى العمق الذى يستطيعه ، ليضع أساس بنائه أو ليحصل على الأتربة ليستخدمها فى غرض آخر ، أو حتى طلبا لثروة من الثروات الطبيعية التى لا تملكها الدولة بحكم القانون . فكل ذلك ملك له لا ينازعه فى ملكيته أحد . ولكن ليس للفرد أن يدعى ان ملكيته بلا حدود علوا وعمقا . بل تبقى ملكيته الى الحد الذى يستطيع ان يستخدمه ويكون مفيدا اما مازاد على هذا القدر علوا وعمقا فهو ملك للدولة ويعتبر من الدومين العام . وملكية الدولة فى هذا النطاق لا يمكن وضع حدود لها . لأن هذا الحق يمثل سيادة الدولة على اقليمها .

وتظهر أهمية تحديد ملكية الجو بالنسبة الى الملاحة الجوية . فهى تخضع فى الأصل منذ ظهور الطيران بالون الأخوين منجوليفييه عام ١٧٨٣ [٣] فى باريس لترخيص من الدولة . وكانت هناك بعض الآراء تنادى بأن يكون هناك جو اقليمى للدولة . قياسا على فكرة البحر الاقليمى وما عداه يكون حرا طليقا لغيرها من الدول ، وحدد البعض الجو

---

(٣) أصدر محافظ باريس فى العام التالى (عام ١٧٨٤) أمرا بمنع استخدام المناطيد التى تطير بمواد قابلة للاشتعال الا بترخيص خاص . وكان هذا اول عمل تشريعى فى مجال الطيران . انظر مؤلفنا فى القانون البحرى والجوى ـ القاهرة ١٩٧٤ ص ٨٨ .

الاقليمى ، بحيث تنحصر ملكية الدولة وسيادتها على اقليمها فى هـــذا هذا الجو الاقليمى بمقدار مرمى المدفع ولكن لا توجد دولة تسلم بمثل هذا الرأى ، وقد قررت الاتفاقيات الدولية الجوية حق الـــدولة على الفضاء الجوى الذى يعلو اقليمها ، وقررت لكل دولة السيادة الكاملة فى هذا المجال ، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية باريس المبرمة فى سنة ١٩١٩ واتفاقية شيكاغو فى سنة ١٩٤٤ اللتين تضمنتا هذا المبدأ ثم أوردتا عليه بعض الاستثناءات لصالح الطيران المدنى الدولى •

واذا كان الطيران وطنيا أو دوليا مباحا فى الفضاء الجوى طبقـــا للمعاهدات الدولية والقوانين المحلية ، فان تلك الاتفاقيات وتلك القوانين تقيد الأفراد كما تقيد الدولة ، والفرق ان الدولة لا تتقيد الا بارادتها اما الأفراد فيتقيدون بالنظم التى تضعها الدولة ولو لم توافق ارادة بعضهم كذلك يتقيد أصحاب المبانى المجاورة للمطارات بعدم الزيادة عن ارتفاع معين والى جانب هذا القيد التشريعى على الملكية الفرديه . حاول بعض الفقهاء يجاد أســاس لتقييد الملكية الخاصة حتى ولو لم يوجــد نص تشريعى . فقالوا بفكرة وجود حق ارتفاق بالمرور فوق الملكية الخاصة على ارتفاع لا يهدد الانتفاع بحق الملكية . وحق ارتفاق بالهبوط على الأرض المملوكة ملكية خاصة فى حالة القوة القاهرة (٤) •

---

(٤) وللافراد على سطح الأرض بلا شك حق الحصول على تعويض عن الأضرار التى تصيبهم بسبب الطائرات سواء كانت ناشئة عن سقوط طائرة او تطاير الشرر عنها أو وقوع ضرر سببه أزيز الطائرات أو ضغط الهواء ، كما لو أدى الى كسر الزجاج فى المنازل أو موت الدواجن أو اجهاض الحيوانات او استحالة النوم والرحة . وتكون المسئولية فى هذه الحالات على الناقل الجوى مسئولية تقصيرية . وقد برمت فى روما اتفاقيتـــان بخصوص الاضرار التى تصيب الغير على سطح الأرض وذلك عام ١٩٣٣ ثم عام ١٩٥٢ ؛ وجعلت اساس المسئولية فكرة المخاطر ، فيكفى اثبـات الضرر بواسطة المضرور ولا يلزم باثبات الخطأ فى حق الناقل . انظر مؤلفنا سالف الذكر — ص ١٠٦ — ص١٠٧ ، وانظر مازو: فقرة ١٣٦٠ — ص١٠٦٧ الكزبرى : ص١٨٣ .

٣٦ ـــ واذا كان الأصل فى الملكية الفردية أن تشمل مع السطح العلو والعمق ، فانه يجوز رغم ذلك فصل ملكية العلو والعمق عن ملكية السطح وذلك بارادة الأفراد . سواء كانت ارادة منفردة كالوصية . أو اتفاق ارادتين أى : عقدا . واذا كان الأفراد يستطيعون ذلك بارادتهم فارادة المشرع كذلك (أى القانون) يمكن أن تفصل ملكية العلو أو العمق عن السطح . وتعتبر قوانين المناجم تطبيقا لهذه الفكرة لأنها تجعل المنجم ملكا للدولة رغم انه جزء من عمق الأرض . كذلك فى حق السطحية يتملك صاحبه ما يعلو الأرض من نبات أو مبان[٥] .

٣٧ ـــ والقانون يحمى المالك للعلو والعمق كما يحمى ملكية السطح . فاذا امتدت اغصان الأشجار فى أرض الى هواء الأرض المجاورة لها كان ذلك اعتداء على علو الجار . وله أن يطالب بقطع هذه الأغصان ويعتبر امتداد الأغصان فى ذاته ضررا للجار فلا يحتاج الى اثبات ضرر آخر وقع به ولا يسقط بالتقادم حقه فى المطالبة بقطع الاغصان . واذا امتدت جذور هذه الأشجار الى ارض الجار كان ذلك اعتداء على عمق الجار يبرر المطالبة بقطع الجذور[٦] ولكن ليس للجار المطالبة بقطع الأشجار ذاتها . والثمار التى تقع فى أرض الجار يتملكها ولا يردها لصاحب الأشجار واذا اصطاد الجار وهو واقف فى أرضه طيرا فى ارض الجار كان ذلك اعتداء على علو الجار . لأن الجار هو صاحب الحق فى

---

(٥) الكزبرى : ص ٧٠ ـــ ص ٧١ .

(٦) ينص الفصل ١٣٥ من تشريع العقارات المحفظة على هذه الاحكام فيقول يمكن لمن امتدت بملكه اغصان اشجار جاره ان يرغم هذا الاخير على قطعها وتكون له الثمار التى تسقط منها طبيعيا .. واذا كانت الجذور هى التى تمتد الى ملكه فيكون له الحق فى قطعها بنفسه .

اصطياد ما يمر فى جو أرضه من الأطيار [٧] • وللمالك كذلك الحق فى منع الطيران المنخفض فوق أرضه [٨] •

ولكن اذا كانت هناك مصلحة عامة تقتضى استخدام العلو أو العمق دون اضرار بالمالك ، فليس للمالك أن يعترض على ذلك • فاذا لزم مد الاسلاك الكهربائية أو اسلاك التليفون أوالبرق بواسطة الدولة أو شخص منحته امتياز هذه المرافق فى علو أرض للغير كان على المالك أن يتحمل ذلك ، واذا لزم مد انابيب لمياه فى عمق أرضه لتوصيل المياه الى مناطق أخرى . فليس له أن يعترض • ولكن اذا كان توصيل الاسلاك بواسطة فرد آخر وليس لمصلحة عامة ، فللمالك أن يعترض ولو كانت الأسلاك ستمر دون غرس أعمدة لها فى الأرض كما لو كانت تصـــــل بين أرضين مجاورتين لملاك آخرين [٩] •

٣٨ — ويصل مساس المصلحة العامة بالملكية الفردية ، أقصـــاه عندما تنزع من المالك ملكية ما فى العمق • ويكون ذلك بصفة خاصـــة بالنسبة الى المناجم والمقالع وآبار البترول والتحف الأثرية [١٠] . ولكل من هذه الحالات أحكام سنها المشرع نبينها فيما يلى :

---

(٧) السنهورى : فقرة ٣٥٣ — ص ٥٧٢ ، مازو : فقرة ١٣٥٨ — ص ١٠٧٥ وتنص المادة ٨٧٢ مدنى مصرى على ان « الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد ان يثبت ملكيته له ؛ يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز او لمالك رقبته . والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا للواقف ولورثته » .

(٨) عرفة : فقرة ١٦٤ — ص ٢٢٠ .

(٩) مازو : فقرة ١٣٥٩ — ص ١٠٧٥ — ص ١٠٧٦ ؛ الكزبرى : ص ٧١ .

(١٠) توجد تشريعات فى المغرب ومصر وفرنسا وغيرها من البـــلاد تجعل ملكية الثروات المعدنية للدولة .

أولا . المقالع والمناجم المقالع أو المحاجر les carrières هى الأماكن التى تستخرج منها مواد البناء والحجارة والفحم النباتى الأصل Tourbières وينظمها فى المغرب ظهير صدر فى التاسع من جمادى الآخرة سنة ١٣٣٢ هـ (موافق ٥ من مايو ١٩١٤ م) وبعض نصوص تقنين المناجم code minier الصادر فى ١٦ من ابريل ١٩٥١ . وطبقا لهذا النظام تبقى الملكية لصاحب الأرض على ان يتبع فى استغلالها القواعد التالية : يقدم تصريح الى وزارة الأشغال العمومية من طرف الشخص الراغب فى فتح أو استثمار محجر . ولا يجوز له فتح حفرة أو نفق تحت الأرض ولا ان يتابع العمل فيه الا حتى مسافة افقية قدرها عشرة امتار عن المباني والانشاءات العمومية او المياه والغدران والمساقى المستخدمة لاستعمال العموم ويجب ان يتقيد بالتعليمات الكتابية والشفهية التى يصدرها اليه الموظفون المكلفون بالرقابة . ويعاقب من يقوم باستغلال المحجر دون أن يقوم بالتصريح سالف الذكر بغرامه من ٣٥ الى ١٣٠٠ فرنك وبالحبس من ستة أيام الى ثلاثة أشهر أو باحدى هاتين العقوبتين (١١) .

أما المنجم Mine فهو يختلف عن المحجر . فليس المنجم كما يتصور البعض هو ما يقع استغلاله تحت الأرض والمحجر ما يستغل فوق الأرض . وانما يختلف المنجم عن المحجر فى طبيعة المواد التى يضمها ، فالمنجم يتكون من مواد ذات أهمية اقتصادية كبيرة ، وتهم الدولة عادة ولذلك فالمشرع قد جعلها ملكا للدولة ورسم طريقة استغلالها (١٢) .

والمواد المنجمية طبقا لتقنين المناجم تشمل الفحم الحجرى والمواد

---

(١١) الكزبرى : ص ٧٣ — ص ٧٤ .
(١٢) دبكرو : فقرة ٣٥٨ — ص ٢٦٠ .

المعدنية كالالمنيوم والحديد والنحاس والزنك والذهب والفضة أو المواد الهيدروكربونية السائلة والغازية والأسفلت أو الفوسفات ، والمناجم خلافا للمحاجر تكون ملكا للدولة [١٣] .

وتستأثر الدولة باستغلال الفوسفات نظرا لأهميته الخاصة بالنسبة للمغرب اما المواد المنجمية الأخرى فقد رسم المشرع لاستغلالها النظام التالى : يبدأ البحث المنجمى بواسطة « اجازة تنقيب » لمعـرفة أماكن وجود المواد المنجمية وتمنح الاجازة بناء على ما يتقدم به طالب البحث الى دائرة المنـاجم وعليه أن يؤدى اليهـا الرسم القانونى ، وتعطيـه الأجازة الحق فى البحث عن مادة معينة فى مربع معين لا يزيد ضلعه عن اربعة كيلومترات ، وتعطية كذلك الحق فى اجراء الابحاث على هـــذه المادة ودراستها ، ولكن ليس له أن يبدأ فى استثمارها ما لم يرخص له فى ذلك استثناء ، وتبقى هذه الاجازة سارية ثلاث سنوات قابلة للتجديد أربع سنوات أخرى ، وبعد التوصل الى معرفة المنجم وتحديده يبـدأ استثماره ، ويكون اما باجازة استثمار او امتياز استثمار ، وتمنح اجازة لصاحب اجازة التنقيب بناء على طلبه قبل انقضاء مدة اجازة التنقيب وبعد أداء الرسم القانونى ومدتها اربع سنوات قابلة للتجـــديد ثلاث مرات متتالية كل منها لاربع سنوات ، وبعد ذلك يكون التجديد بظهير لمدة لا تزيد على ١٢ سنة ، اما امتياز الاستثمار فيمنح لصاحب اجازة تنقيب أو اجازة استثمار بمرسوم ملكى ومدته خمسون سنة للمواد الهيدروكربونية السائلة والغازية والأسفلت ، و ٧٥ سنة لباقى المواد ويمكن تجـديد المدة ٣٥ سنة أخرى ، ويدفع صاحب الامتياز عائدا سنويا للحكومة [١٤] .

---

(١٣) ديكرو : فقرة ٣٥٨ — ص ٣٦٠ ، الكزبرى : ص ٧٤ .

(١٤) الكزبرى : ص ٧٥ .

ويعتبر صاحب الحق فى استغلال واستثمار منجم صاحب حق عينى عقارى ولكنه لا يصلح لرهنه رهنا رسميا [١٥] .

ثانيا : التحف والآثار الفنية : وينظمها ظهير ١١ شعبان سنة ١٣٦٤هـ (موافق ٣١ يوليو ١٩٤٥م) ويقضى بمنع التنقيب عن الآثار الفنية بدون ترخيص مسبق من وزارة التربية والتعليم حتى ولو كانت الأرض المراد التنقيب فيها مملوكة له . واذا اكتشفت تحف أو نقود أو آثار فنية صدفة أثناء القيام بحفريات فيجب على من كان يقوم بالحفريات أو من أمر بها أن يبلغ السلطة البلدية أو السلطة المحلية بذلك . وعلى هذه السلطة ابلاغ وزارة التربية والتعليم واذا طالبت هذه الوزارة بملكية الآثار المكتشفة خلال ستة أشهر من تاريخ ابلاغها . تصبح الآثار ملكا للدولة . على أن يعوض حائز الآثار ، ويحدد التعويض بالاتفاق بينه وبين الوزارة والا تحدده المحكمة [١٦] .

---

(١٥) مازو : فقرة ١٣٦٨ — ص ١٠٨٠ .

(١٦) الكزبرى : ص ٧٥ — ص ٧٦ .

المبحث الثاني

ملكية اجزاء الشيء وملحقاته وثماره ومنتجاتـه

٣٩ ـ تشمل ملكية الشيء اصله بجميع اجزائه كما تشمل ملحقاته وثمة فرق بين أصل الشيء وملحقاته . فالدار تتكون من أرض وحجرات وسلم وسطح وابواب ونوافذ ومصاعد . وهذه هي أجزاء الدار ، فأصل الشيء يضم هذه الأجزاء وقد يزيد الشيء وينمو مع الوقت، مثل الحيوان الذى يكبر بمضى الزمن ، ونماء الحيوان هنا يعتبر من الأصل . امـــا الملحقات accessoires فهى مستقلة عن الأصل ولكنها اعدت بصفة دائمة لتكون تابعة له وملحقة به . فالآلات والادوات اللازمة لاصلاح السيارة تعتبر من ملحقاتها ، وكذا مستندات ملكيتها ووثيقة التأمين عليها ورخصة قيادتها واذا كانت هناك اشياء معدة بصفة مؤقتة لتتبع الأصـــل فهى لا تعتبر من الملحقات وملكية الشيء تشمل ما يعتبر من الملحقات ، الا اذا اتضح خلاف ذلك فقد يتفق الأطراف عند نقل ملكية شيء على الا تنتقل معه ملكية الملحقات وقد يقضى القانون بتمليك الحائز حسن النية دون المالك (٢) .

---

(١) السنهورى : فقرة ٣٦٢ ـ ص ٥٨٦ ـ ص ٥٨٨ .

(٢) نصت على ملكية الملحقات (مع الثمار والمنتجات) المادة ٨٠٤ مدنى مصرى « لمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ما لم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك » ويطابق هذا النص المادة ٧٧٠ مدنى ســـورى والمادة ٨١٣ مدنى ليبى وتوافقه أحكام التقنين العراقى واللبنانى فالمـادة ١٠٤٨ مدنى عراقى تنص على « ان الملك التام من شانه أن يتصرف بـــه المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعـــين

٤٠ — وثمار الشيء هي ما ينتجه من غلة متجددة . والثمار les fruits قد تكون طبيعية naturels أو صناعية industriels أو مدنية civils فالثمار الطبيعية مثالها الزرع الذى ينمو تلقائيا، والصناعية مثالها المزروعات التى تنمو بعمل الانسان . والمدنية مثالها أجرة الأرض او المسكن وربح الأسهم .

أما المنتجات les produits فهى ما يخرجه الشيء بصفة غير متجددة مثل المحاجر والمناجم .

والثمار والمنتجات تكون ملكا لمالك الشيء ذاته . مثلها فى ذلك مثل الملحقات .

٤١ — ويجب التمييز بين الثمار والمنتجات لأن التفرقة بينهما تترتب عليها بعض الآثار . فالثمار تكون متجددة بصفة دورية . ورغم انها تنبت من الشيء الا انها لا تنقص منه ، فلا ينقص الأصل بجنيها . أما المنتجات فهى غير دورية وغير متجددة . واذا استخرجت من الشيء نقص بقدرها .

ويترتب على هذه التفرقة ان الايراد المرتب مدى الحياة يعتبر من المنتجات لا من الثمار . لأن كل قسط يدفع ينقص من الأصل حتى ينفذ

المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها . ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة » والمادة ١٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى تنص على « ان ملكية عقار ما تخول صاحبها الحق فى جميع ما ينتجه العقار وفيما يتحد به عرضا سواء اكان ذلك الاتحاداو الانتاج طبيعيا او اصطناعيا . . كذلك ينص الفصل ١١ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على « ان ملكية العقار تعطى حق التملك لكل ما ينتجه وما يضم اليه وما يدمج فيه بالالتصاق اما طبيعيا أو اصطناعيا » .

بموت صاحب الايراد اما الايراد الدائم فهو من الثمار لا من المنتجات .
لأنه دوری ولا ينقص من اصل الشيء .

ومن الآثار الهامة التي تترتب على التفرقة بين الثمار والمنتجات : ان الحائز حسن النية يكسب الثمار ولا يلزم بردها، أما المنتجات فلا يكتسب ملكيتها . أما الحائز سيء النية فليس له حق لا فى الثمار ولا فى المنتجات والمنتفع يحق له تملك الثمار بقدر مدة انتفاعه ولاحق له فى شيء من المنتجات أصلا (المادة ٩٨٧ مدنى مصرى ، والفصل ٤٠ من تشريع العقارات المحفظة المغربى) .

الفصل الخامس

أوصاف حق الملكية

٤٢ ــ أوصاف الالتزام هى الشرط والأجل وتعدد محل الالتزام وتعدد طرفيه • وكما أن للالتزام أوصاف كذلك للملكية أوصاف modalités من أهمها : الملكية الشائعة ، والملكية الممنوع التصرف فيها ، والملكية القابلة للفسخ ، والملكية الظاهرة[1] وسنخصص لكل من هذه الموضوعات الأربع مبحثا من هذا الفصل •

ويقابل الملكية الموصوفة ، الملكية البسيطة او العادية ، حيث يكون الشىء ملكا لشخص واحد ملكية دائمة غير مهددة ثابتة بسند حقيقى لا نزاع فيه ويستطيع التصرف فيها كما يشاء •

المبحث الأول

الملكية الشائعة

٤٣ ــ لم يعن واضعو التقنين المدنى الفرنسى بتنظيم الملكية الشائعة **la copropriété** أو la communauté تنظيما مفصلا ، **لأن** نظرتهم اليها كانت تشبه نظرة فقهاء القانون الرومانى ، ويعتبرون الملكية الشائعة وضعا استثنائيا ، لا يتوقع ان يمتد زمنا طويلا ، لأنه مخالف لطبيعة الملكية وهى حق جامع مانع كما رأينا • ولذلك لم يعرضوا للملكية

---

(١) السنهورى : ص ٤٩٤ ــ ص ٥٩٥ بالهامش .

الشائعة . الا بصدد حق الأرث ، واقتصروا علي تنظيم قواعـد تقسيم وتصفية التركة ووضعوا نظاما آخر للاشتراك فى الأموال ، هو نظام شيوع الأموال بين الزوجين la communauté entre époux وتنطبق عليه قواعد قسمة الأرث وعلى غيره من حالات الاشتراك فى الأموال مالم يوجد نص على خلاف ذلك [٢] .

ولكن الحاجات العملية تدعو الى ايجاد قواعد تستجيب لها . فالملكية الشائعة قد لا يكون مصيرها الانقسام ، بل قد يرى الشركاء أن تبقى قائمة فمثلا فى حالات الأرث عن الأب قد لا يرحب الورثة بتقسيم التركة خصوصا اذا كانت الأم باقية على قيد الحياة . وقد يشترى عدة أشخاص دارا أو أرضا ويحتفظون بملكيتها شائعة فيما بينهم . ولذلك اضطر القضاء الفرنسى الى البحث عن الحلول لهذه الحالات [٣] .

أما فى التقنينات الأحدث ظهورا من التقنين الفرنسى فنجـد عناية بوضع تنظيم قانونى للملكية الشائعة ، كما هو الشأن فى تقنينات البلاد العربية .

والملكية الشائعة تعنى اشتراك عدة اشخاص فى ملكية شيء واحد منقولا أو عقارا بحيث يكون نصيب كل منهم قدرا شائعا غير مفرز . وهذه الصورة تختلف عن صورة الشيوع الجرمانى او ملكية اليـد المشتركة **Propriété en main commune** حيث تملك جماعة من الناس مالا وهم يمتلكونه مجتمعين دون ان تكون هناك شخصية معنوية لهذا المجموع وتعتبر هذه الملكية وضعا مستقرا لا وضعا عابرا . اما فى

---

(٢) مازو : فقرة ١٣٠٩ — ص ١٠٤٢ — ص ١٠٤٣ .
(٣) مازو : فقرة ١٣١٠ — ص ١٠٤٣ .

فرنسا فتمنح لهذا المجموع شخصية معنوية ، ويتملك الشخص المعنوى المال فتصبح الملكية فردية لا جماعية [٤] ، [٥] .

والتنظيم القانونى للملكية الشائعة ، يتناول أمرين : أحكامها فى حال الاستقرار والبقاء ، واحكامها فى حال صيرورتها الى الزوال اى الى القسمة لذلك سنقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب : الأول : فى بقاء الملكية الشائعة . والثانى فى : التصرف فى الملكية الشائعة . والثالث فى حق الشفعة . والرابع : فى قسمة المال الشائع .

المطلب الأول

بقاء الملكية الشائعة

٤٤ — عرف التقنين المدنى المصرى الملكية الشائعة فى المادة ٨٢٥ منه بقوله « اذا ملك اثنان او أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع . وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على غير ذلك[٦] ويعرفه تقنين الالتزامات والعقود المغربى بأنه « اذا كان

---

(٤) السنهورى : ص ٧٩٤ هامش رقم ١ . ويرى ان تطلق الملكية الشائعة Copropriété على الشيوع فى حق الملكية ، أما الشيوع فى غير الملكية من الحقوق العينية فيرى تسميته بالشيوع فقط indvision انظر نفس الموضع هامش رقم ٢ .

(٥) ان الملكية الشائعة بصورتها الحالية تشبه صورتها فى القانون الرومانى فهى وصف من أوصاف الملكية الفردية ، وللشريك فيها حق ملكية كاملة شاملة على حصة معنوية من الشىء ، وله حرية التصرف فى هذه الحصة انظر : السنهورى : ص ٧٩٦ هامش رقم ٢ . .

(٦) يقابل هذا النص النصوص التالية فى التقنينات العربية : المادة ٧٨٠ مدنى سورى مطابقة والمادة ٨٣٤ مدنى ليبى مطابقة . والمادة ١/١٠٦١ مدنى عراقى موافقة لهذا النص خلا أنه حذفت منه العبارة " غير مفرزة

الشيء أو الحق لاشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياع ، فالتي تنشأ حالة قانونية تسمى الشياع او شبه الشركة ، وهي اما اختيارية أو اضطرارية • (الفصل ٩٦٠) • وينص الفصل ٩٦١ على أنه « عند الشك يفترض أن انصباء المالكين على الشياع متساوية » •

ويخلص من هذا أن الملكية الشائعة تنصب على نصيب غير مفرز من الشيء ، وانما هو نصيب محدد بنسبة معينة من الشيء . أى بمقدار حسابي غير محدد على الطبيعة • فاذا كان شريك يملك الربع وآخر يملك النصف وثالث يملك الربع الباقي ، فان هذه الملكية الشائعة تنحصر في معرفة هذه الكسور فقط ولا يقسم الشيء بين الشركاء فعلا ، ولو قسم لكانت ملكية مفرزة لا شائعة وعلى ذلك فاذا كان هناك شخص يملك السفل في بناء وآخر يملك العلو فهذه ملكية مفرزة لا شائعة •

وحق الشريك في الملكية الشائعة ينصب على كل جزء من اجزاء المال الشائع فله في كل ذرة منه بقدر النصيب المعلوم له • فاذا كان يملك النصف كان له في كل حبة أو ذرة منه النصف • ولكن لا يتحدد حقه بنصف منفصل من هذا المال لأنه شائع •

وتتحدد أنصبة الشركاء في الشيوع ، اما بالاتفاق بينهم ان كان مصدر الشيوع العقد ، واما بارادة منفردة كما في حالة الوصية لأشخاص

حصة كل منهم فيه » وقد كان من المهم الابقاء عليها ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتان ٨٢٤ ، ٨٢٥ موافقتان للنص المشار اليه ونصهما : المادة ٨٢٤ « عندما يكون شيء واحد ملكا شائعا ومشتركا بين عدة أشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك او شبه شركة ، وهي تكون اختيارية أو اضطرارية » المادة ٨٢٥ : « اذا قام الشك عدت انصبة الشركاء متساوية » . اما القانون المغربي فقد اوردا حكام الشيوع في تقنين الالتزامات والعقود وفي التشريع المطبق على العقارات المحفظة . وسنورد النص المقابل في المتن •

متعددين بمال واحد ، فتحدد الوصية انصباءهم فيه ، وقد يغفل العقد أو الوصية تحديد الأنصبة ، وعندئذ يفترض ان الجميع يملكون فى الشئ على قدم المساواة . أى ان جميع الحصص متساوية ، فاذا كان الملاك المشتاعون خمسة كان نصيب كل منهم الخمس وان كانوا اربعة كان نصيب كل منهم الربع وهكذا . وقد يتولى القانون تحديد الانصبة كما فى حالة الميراث [٧] فان القانون هو الذى يحدد نصيب كل وارث فى التركة . ويبقى له هذا النصيب شائعا الى ان تتم قسمتها .

٤٥ ــ عناصر الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية :

تنص المادة ٨٣٦ من التقنين المدنى المصرى على أن : « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما . وله ان يتصرف فيها ، وان يستولى على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ».

وأحكام التقنينات المدنية العربية (السورى والليبى والعراقى . واللبنانى) تتفق فى مجموعها مع أحكام هذا النص [٨] . أما فى تقنين

---

(٧) السنهورى ، فقرة ٤٨٥ ــ ص ٧٩٧ . وقد يكون الشيوع نتيجة حكم قضائى يقضى باستمراره كما فى حالة اموال الاسرة او المساكن الزهيدة الثمن Habitations à bon marché حيث يبقى الشيوع بين افراد الأسرة بعد وفاة عائلها بقرار من قاضي الصلح يصدر بناء على طلب زوج المتوفى أو احد اولاده ، انظر : الكزبرى : ص ١٠٣ .

(٨) المادة ١/٧٨١ مدنى سورى مطابقة ، والمادة ٢/٨٣٥و٣ مدنى عراقى موافقة وتنص على : « ٢ ــ وكل شريك فى الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما ، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير اذنهم . ٣ ــ ويجوز للشريك فى الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه » . وتنص المادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على ان « يتصرف كل شريك بملء الحرية بحقوقه فى العقار . وله أن يتفرغ عنه لشخص آخر أو ان يجرى عليه تأمينا . بدون اذن من شركائه بالشيوع ،

الالتزامات والعقود المغربى فاننا نجد هذين النصين : الفصل ٩٦٣ يتعلق بعنصر الاستعمال ونصه : « لكل مالك على الشياع ان يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه على شرط الا يستعمله استعمالا يتعارض مع مصلحة بقية المالكين وعلى وجه يترتب عليه حرمانهم من ان يستعملوه بدورهم وفقا لما تقتضيه حقوقهم» . والفصل ٩٧٣ يتعلق بعنصرى الانتفاع والتصرف ونصه : « لكل مالك على الشياع حصة شائعة فى ملكية الشيء المشاع وفى غلته وله أن يبيع هذه الحصة ، وان يتنازل عنها ، وان يرهنها ، وان يحل غيره محله فى الانتفاع بها . وان يتصرف فيها بأى وجه آخر سواء اكان تصرفه هذا بمقابل او تبرعا وذلك كله مالم يكن الحق متعلقا بشخصه فقط » .

ويخلص من هذا النصوص ان الملكية الشائعة تعتبر نوعا من الملكية الفردية ، فهى ليست ملكية جماعية كالملكية الجرمانية الجماعية . لأن هذه الأخيرة ليس لكل فرد فيها نصيب معين ، وانما الملكية لجمع من الناس سويا بدون نصيب معين لكل منهم . فالملكية الشائعة تختلف فى طبيعتها عن الملكية الجماعية . وهى تنسق مع الملكه الفردية ، بل يمكن القول أن الملكية الفردية نوعان : ملكية مفرزة وملكية شائعة(٩) .

ولكن لا يحق له ان يرهن حصته ، وقد نسخ هذا النص بالمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ونصها : « لكل شريك حصة شائعة فى ملكية الشيء المشترك وفى منتجاته ، ويجوز له ان يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها او يرهنها ، وان ينيب غيره عنه فى التمتع بها ، وان يتصرف فيها بأى وجه آخر ، سواء أكان ببدل أم بلا بدل ، الا اذا كان لا يملك سوى حق يختص بشخصه » وهذا النص يكاد يطابق النص المغربى (الفصل ٩٧٣) .

(٩) السنهورى ، فقرة ٤٨٥ — ص ٧٩٩ . وعلى ذلك يجب استبعاد الراى القائل بأن الملكية فى الشيوع ليست حق ملكية وانما هى حق عينى من نوع خاص Sui generis (رسالة Siesse عن الشيوع الوراثى فى القانون المقارن — باريس ١٩٢٢) فالقول بأن حقا معينا يعتبر من نوع خاص ، لا يحدد شيئا ولا يوصل الى نتيجة .

وعناصر الملكية الشائعة هى نفسها عناصر الملكية المفرزة الاستعمال والاستغلال والتصرف . غير انها تتقيد بحقوق الشركاء الآخرين . فليس لشريك ان يحرم الآخرين من ممارسة نفس حقوقهم المماثلة . فالشريك له أن يستعمل الشيء المملوك ولكن بنسبة حصته لا الشيء كله . ولذلك يجب ان يعطى الفرصة لغيره لكى يستعملوا الشيء بنسبة حصصهم فيه ، وله أن يستغل الشيء بنسبة حصته . ويحصل من ثماره على ما يوازى حصته . فان كان له نصفه كانت له الثمار نصفها . ولكن يكون للشركاء الآخرين ان يشفعوا فى هذه الثمار فيشترونها لأنفسهم بطريق الشفعة لأنهم أحق واولى من الغير وله حق التصرف فى حصته الشائعة الى أجنبى عن طريق الشيوع ، أو الى أحد الشركاء المشتاعين . ولكن يكون لباقى الشركاء أن يأخذوا بالشفعة فى هذه الحالة .

٤٦ — حفظ المـــال الشائع والمصروفات : تنص المادة ٨٣٠ من التقنين المدنى المصرى على أن « لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء . ولو كان ذلك بغير موافقـــة باقى الشركاء » . وتضيف المادة ٨٣١ أن « نفقات ادارة المال الشائع وحفظـه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته . ما لم يوجـد نص يقضى بغير ذلك [٩] . أما فى القانون المغربى فنجد النصوص التالية :

---

(٩) هذين النصين يقابلهما فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص فى القانون السورى المادتان ٧٨٥ و ٧٨٦ مدنى مطابقتـــان ، فى القانون الليبى المادتان ٨٣٩ و ٨٤٠ مدنى مطابقتان . فى القانون العـــراقى المادة ١٠٦٦ مدنى مطابقة ، والمادة ١٠٦٧ مدنى مطابقة خلا العبارة الأخيرة، وتنص المادة ١٠٦٨ مدنى عراقى على انه « ١ — اذا احتاج الملك الشـــائع الى مرمة أو عمارة . يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢ — واذا كان بعض الشركاء غائبا . أو أبى بعضهم الترميم او التعمير ورغب

الفصل ٩٦٧ التزامات وعقود « على كل مالك على الشياع أن يحافظ على الشيء المشاع بنفس العناية التى يبذلها فى المحافظة على الأشياء الخاصة به . وهو مسئول عن الأضرار الناشئة عن انتفاء هذه العناية ». والفصل ٩٦٨ التزامات وعقود « لكل مالك على الشياع الحق فى ان يجبر باقى المالكين على المساهمة معه كل بقدر نصيبه فى تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشيء المشاع وصيانته ليبقى صالحا للاستعمال فى الغرض الذى أعد له . ولهم حق التخلص من هذا الالتزام : أولا : ببيع أنصبتهم مع حفظ حق المالك على الشياع الذى عرض أو يعرض تحمل المصروفات فى أن يشفع الحصص المبيعة . ثانيا بتركهم للمالك الذى انفق المصروفات الانتفاع بالشيء المشاع او غلته حتى استيفاء ما انفقه لحساب الجميع .

بعضهم فيه . جاز للراغب أن يقوم بالترميم او التعمير باذن من المحكمة ، ويرجع على شركائه بقدر حصصهم » والمادة ١٠٦٩ « اذا انهدمت العين الشائعة كليا وأراد بعضهم الشركاء عمارتها وأبى الآخرون ، فلا يجبر الآبى على العمارة » وفى القانون اللبنانى : تنص المادة ٨٣١ موجبات وعقود على انه « يجب على كل شريك أن يسهر على صيانة الشيء المشترك كما يسهر على اشيائه الخاصة » وتنص المادة ٨٣٢ موجبات وعقود على انه « يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وابقائه صالحا للاستعمال الذى اعد له . على ان كلا منهم يستطيع أن يكون فى حل من هذا الواجب: أولا : ببيع حصته مع الاحتفاظ بحق الأولوية المختص بالشيوع للشريك الذى قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها . ثانيا : بأن يترك للشريك المشار اليه حق التمتع بالشيء المشترك مع منتجاته الى أن يسترد مادفعه لحساب الشركاء . ثالثا : بطلب القسمة اذا كانت مستطاعة ــ اما اذا كانت النفقة قد دفعت فيلزم الشركاء بها على حسب حصصهم » . وتنص المادة ٨٣٣ موجبات وعقود على أن « كل شريك ملزم تجاه الآخرين بتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الادارة والاستثمار ويعين نصيب كل شريك من تلك الأعباء والنفقات بحسب حصته فى ذلك الشيء والمادة ٨٣٤ موجبات وعقود تقول « ان النفقات النافعة والنفقات الكمالية التى يقوم بها أحد الشركاء لا تخوله الحق فى مطالبة شركائه بشيء منها الا اذا كانوا قد اجازوا انفاقها صراحة أو ضمنا » . وقد نسخت هذه النصوص المادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

ثالث . بطلبهم القسمة ، ان كانت ممكنة . غير انه اذا كانت المصروفات قد انفقت بالفعل وجب على كل منهم اداء حصته فيها » • والفصل ٩٦٩ التزامات وعقود : « على كل واحد من المالكين على الشياع أن يتحمل مع الباقين التكاليف المفروضة على الشيء المشاع ونفقات ادارته واستغلاله ويتحدد نصيب كل واحد منهم في هذه التكاليف والنفقات بحسب حصته» والفصل ٩٧٠ التزامات وعقود : المصروفات النافعة ومصروفات الزينة والترف التى انفقها احد المالكين على الشياع لا تخوله حق الاسترداد تجاه الباقين . ما لم يكونوا اذنوا في انفاقها صراحة أو دلالة » •

وتتفق هذه النصوص في مجموعها فيما تضمنته من أحكام يمكن جمعها فيما يلى :

أن الشركاء في الملكية الشائعة كلهم يملكون الشيء . ومن ثم تتوافر في كل منهم صفة المالك . ومن حق المالك أن يتخذ كل ما يلزم لحفظ ماله فهذا حق له دون حاجة الى موافقة شركائه كما نص على ذلك القانون المصرى والقوانين المدنية العربية المستمدة منه[١٠] •

ولكن القانون المغربي هو والقانون اللبناني يتميزان باتجاه أكثر تأكيدا لهذا المعنى الى حد انهما يجعلان مايلزم لحفظ الشيء وصيانته . ليس حقا فقط للشريك . بل هو واجب عليه[١١] • وفي هذا حرص ظاهر على ابقاء الملكية الشائعة خلافا لاتجاه القانون الرومانى والتقنين المدنى الفرنسى فالفصل ٩٦٧ يقول « على كل مالك على الشياع أن يحافظ على الشيء » فاذا كان الحفظ في القانون المصرى حقا للشريك . فهو في

---

(١٠) السنهورى • فقرة ٨٤٤ — ص ٨٠٥ .

(١١) الكزبرى • ص ١١١ •

القانون المغربى التزام عليه • وبالتالى فان اعمال الحفظ والصيانة من شريك خاصة اذا كان مكلفا بها ، يرتب مسئوليته تجاه شركائه • ومن ناحية أخرى ، فان القانون المغربى لم يكتف بانشاء هذا الالتزام بل حدد أيضا طبيعته القانونية فهو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية• وحدد درجة العناية المطلوبة من الشريك بأن تكون هى نفس عنايته فى حفظ أشيائه الخاصة ، أى انه يساءل هنا بمعيار شخصى لا بمعيار موضوعى •

وأعمال الحفظ والصيانة التى تلزم الشىء ، قد تكون اعمالا مادية وقد تكون أعمالا قانونية • والأعمال المادية تكون أعمالا لازمة لحفظ كيان الشىء ماديا مثل ترميم البناء ، أو اقامة سياج حول الأرض ، وجنى الثمار حتى لاتتلف أما الأعمال القانونية، فهى تصرفات قانونية أو اجراءات قانونية تلزم للابقاء على الشىء على ملك الشركاء فيه فلا يتعرض للانتزاع منهم أو للنقصان مثل قطع التقادم فى مواجهة أجنبى عن الشركاء يحوز الشىء بنية تملكه واقامة دعاوى الحيازة أو دعوى الاستحقاق ، واقامة دعوى تعيين الحدود ، وتسجيل سند ملكية الشركاء . ودفع الضرائب المستحقة على الشىء مالم تكن قد سقطت بالتقادم وتسديد أقساط الديون التى عقدها الشركاء بضمان الشىء ، حتى لا ينزع الشىء منهم بالتنفيذ الجبرى اقتضاء للدين[١٢] •

والشريك الذى يقوم بهذه الأعمال ، اما أن يكون مكلفا بها من قبل شركائه أو على الأقل يعلمون أنه يقوم بها لحفظ المال وصيانته . وعندئذ يعتبر وكيلا عنهم وكالة صريحة أو ضمنية ، ويكون له بالتالى أن يرجع عليهم بدعوى الوكالة ليطالب كلا منهم بما يخصه فى المصروفات

---

(١٢) السنهورى ، فقرة ٤٨٨ — ص ٨٠٥ — ٨٠٦ •

التى أنفقها • واما أن يقوم بهذه الأعمال بغير علم من شركائه . فيعتبر فضوليا بالنسبة اليهم ، لأنه وان كان يتولى عملا من شأنه هو الا أن هذا العمل ذاته من شأن الشركاء فتتحقق الفضالة لارتباط الشأنين وعدم امكان القيام بأحدهما دون لآخر (المادة ١٨٩ مدنى مصرى) . ويكون له أن يرجع على الشركاء بما أنفقه طبقا لأحكام الفضالة التى تقضى بأنه: « اذا كان العمل مشتركا بين عدة أشخاص التزم هؤلاء تجاه الفضــولى بنسبة مصلحة كل منهم فيه (الفصل ٩٥٠ التزامات وعقود مغربى) • أما اذا كان الشريك القائم بأعمال الحفظ والصــيانة قــد اجراها رغم اعتراض باقى شركائه على ذلك . فيبقى له فقط حق الرجوع عليهم طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب • وفى القانون الفرنسى يؤسس رجوع الشريك على وكالة ضمنية لأن عمله يتمحض لمصلحة الشركاء ، أو على أســاس الفضالة • وهناك رأى فى القانون المصرى يذهب الى أن الشريك يعتبر نائبا عن باقى الشركاء نيابة قانونية . فاذا قام بأعمال الحفظ رجع عليهم بدعوى النيابة • ولكن هذا الرأى يؤخذ عليه أن الأعمال التى يقوم بها الشريك اما أعمال مادية أو أعمال قانونية • والنيابة لا تكون فى الأعمال المادية بل فى الأعمال القانونية فقط[١٣] •

والقــدر الذى يرجع به الشريك فى القانون المصرى على كل من شركائه فى حالتى دعوى الوكالة ودعوى الفضالة هو نسبة ماله فى ملكية الشىء • فمن يملك ربع الشىء يدفع ربع النفقات ، ومن يملك نصــفه يدفع نصف المصروفات وهكذا • أما فى حالة دعوى الاثراء بلا سبب فينحصر الرجوع فى أقل القيمتين : الافتقار أو الاثراء[١٤] •

---

(١٣) السنهورى ، فقرة ٤٨٨ ص ٨٠٦ وهامش رقم ٢ بها .

(١٤) السنهورى ، فقرة ٤٨٩ ص ٨٠٨ — ص ٨٠٩ .

أما الرجوع فى القانون المغربى . فيكون رجوعا بالتزام قانونى فرضه الفصل ٩٦٨ على جميع الشركاء بقوله : « لكل مالك على الشياع الحق فى ان يجبر باقى المالكين على المساهمة معه كل بقدر نصيبه فى تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشئ المشاع وصيانته .. » والفرق بين النص المصرى والنص المغربى يرجع الى أن الحفظ والصيانة فى القانون المصرى حق للشريك لا واجب عليه ، ولذلك فالأصل تحمل الشركاء بالنفقات ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك[١٥] ، ويعتبر لذلك نص المادة ٨٣١ مفسرا لا يتضمن التزاما قانونيا فكان الرجوع حسب القواعد العامة الوكالة أو الفضالة أو الاثراء . أما فى القانون المغربى ، فالحفظ والصيانة التزام على الشريك . والفصل ٩٦٨ نص آمر يفرض التزاما على باقى الشركاء بالمساهمة كل بقدر نصيبه فى المصروفات .ولذلك كان مصدر الالتزام هنا القانون . ويترتب على ذلك انه لا تلزم الأهلية فى الشريك لالزامه بالمصروفات ، بل يلتزم بها الشريك ولو كان قاصرا لأن الالتزام القانونى لا تشترط الأهلية فيمن يلتزم به . ومن ناحية أخرى لا يجوز للشركاء أن يتفقوا على ما يخالف هذا النص ، فلا يجوز اعفاء أحد الشركاء من التحمل فى المصروفات قبل اتفاقها . ولكن يجوز ابراؤه منها بعد استحقاقها .

ويستطيع كل من الشركاء ، فى القانون المصرى والفرنسى . أن يتخلص من الزامه بالمصروفات بأن يتخلى عن حصته الشائعة . لأن الالتزام بالمصروفات التزام عينى أى يتعلق بالعين المملوكة . فيستطيع المالك أن يتخلى عن حصته فى الشيء الى الشركاء الآخرين وبذلك يتخلص من الالتزام بالمصروفات وعندئذ توزع حصته على الشركاء الباقين

---

(١٥) السنهورى ، فقرة ٤٨٩ — ص ٨٠٨ .

ويلتزمون بالمصروفات التى كان ملتزما بها الشريك المتخلى مع المصروفات الواقعة أصلا على عاتقهم بنسبة حصصهم ويجب تسجيل سند التخلية اذا كان الشيء عقارا ولكن اذا كان الالتزام الواقع على أحد الشركاء التزاما شخصيا لا عينيا ، كأن التزم بتعويض تجاه شركائه لاتلافه الشيء المشترك . فلا يجوز له التخلى بل يلزم بالتعويض فى أمواله الأخرى[١٦]

أما فى القانون المغربى . فقد رسم المشرع ثلاث وسائل للتخلص من الالتزام بالمصروفات وهى :

أولا : أن يبيع الشركاء أنصباءهم فى الشيء الى أجنبى . فاذا كان هنالك من بينهم من يعرض الشراء على أن يتحمل بالمصروفات كان له أن يأخذ بالشفعة هذه الأنصبة .

ثانيا : أن يترك الشركاء لمن انفق المصروفات الانتفاع بالشيء المشاع أو غلته الى أن يستوفى مايساوى ما على كل منهم من المصروفات وهذه الصورة تعتبر تخليا من الشركاء عن المنفعة لا عن الملكية . ولذلك تعتبر أفضل من الحلول الموجودة فى القانون المصرى والفرنسى بخصوص التخلى عن الملكية ، ونرى انه يمكن الأخذ بها فى هذين القانونين على أساس ان من يملك الأكثر يملك الأقل . وبالتالى فمن يملك التخلى عن الملكية كلها يملك التخلى عن المنفعة وحدها .

ثالثا : أن يطلب الشركاء القسمة ان كانت ممكنة . ولكنهم مع ذلك لا يعفون من الحصة الواجبة عليهم فى المصروفات اذا كانت المصروفات قد تم انفاقها فعلا .

---

(١٦) السنهورى ، فقرة ٤٨٩ — ص ٨٠٩ وهامش رقم ٤ بها .

وكما يلتزم الشريك بحصة فى مصروفات حفظ الشيء وصيانته • فهو يلتزم كذلك بحصة فى مصروفات الادارة والاستغلال طبقا للفصل ٩٦٩ وذلك بنسبة حصته فى ملكية الشيء •

أما المصروفات النافعة ومصروفات الزينة والترف التى قد ينفقهـا أحد الشركاء فلا يلتزم بها الباقون بل يتحملها وحده ، الا اذا كان باقى الشركاء قد أذنوا له صراحة أو ضمنا فى انفاقها[١٧] فتوزع عليهم بنسبة حصصهم • ومثال هذه مصروفات أعمال الديكور •

وفى جميع الأحوال يتحمل الشريك الذى أنفق المصروفات بحصة بنسبة ملكيته كغيره •

٤٨ ــ حق ادارة المال الشـائع والانتفاع به : تنص المادة ٨٢٧ مدنى مصرى على ان : « تكون ادارة المال الشـائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك[١٨] •

---

(١٧) الكزبرى ، ص ١١١ •

(١٨) يقـابل هـذا النص فى التقنينات العـربية الأخرى مايلى من النصوص : فى القانون السورى المادة ٧٨٢ مدنى مطابقة ، فى القانون الليبى المادة ٨٣٦ مدنى مطابقة ، فى القانون العراقى المادة ١٠٦٤/١ مدنى مطابقة، فى القانون اللبنانى تنص المادة ٨٢٦ موجبات وعقود على أن : « كل شريك يمكن أن يستعمل الشيء المشترك على نسـبة ماله من الحق ، بشرط الا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء او الغاية المعد لها ، او يناقض مصلحة الشركة ، أو على وجه يحـول دون استعمال الشركاء الآخـرين لحقوقهم » ، والمادة ٨٢٧ موجبات وعقود : « لا يجوز لشريك أن يحـدث تغييرا فى الشيء المشترك بلا رضاء شركائه الصريح او الضمنى ــ فان لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية : أولا : تجرى القسـمة عندما يكون الشيء قابلا للتجزئة . واذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعا فى حصة الشريك الذى احدثه فلا سبيل لأى منهم الا الاعتراض أما

أما تقنين الالتزامات والعقود المغربى فلا يتضمن نصا مماثلا . وانما يورد — كالقانون اللبناني — تطبيقات تنظم علاقة الشركاء ببعضهم منها النصوص التالية :

الفصل ٩٦٣ : « ليس لأى واحد من المالكين على الشياع أن يجرى تجديدا على الشيء المشاع بغير موافقة الباقين . وعند المخالفة تطبق القواعد الآتية :

(أ) اذا كان الشيء قابلا للقسمة شرع فى قسمته . فان خرج الجزء الذى حصل فيه التجديد فى نصيب من اجراه . لم يكن هناك رجوع لاحد على آخر . اما اذا خرج فى نصيب غيره . كان لمن خرج فى نصيبه الخيار بين أن يدفع قيمة التجديدات وبين ان يلزم من اجراها بازالتها واعادة الأشياء الى حالتها .

(ب) اذا كان الشيء غير قابل للقسمة حق لباقى المالكين على الشياع ان يلزموا من اجرى التجديدات باعادة الاشياء الى حالها على نفقته وذلك مع التعويض ان كان له محل .

اذا كان التغيير واقعا فى حصة شريك آخر فيمكن لهذا الشريك ان يختار اما اداء بدل التغيير واما اجبار شريكه على ارجاع الشيء الى احالتهالاصلية . ثانيا : عندما يكون الشيء غير قابل للتجزئة يجوز للشركاء ان يجبروا محدث التغيير على اعادة الشيء الى حالته الأصلية وعلى تحمل النفقة مع اداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء » . والمادة ٨٢٨ موجبات وعقود « عندما تكون الشيء بطبيعته غير قابل للتجزئة لا يحق للشريك ان يأخذ الا ما يناسب حصته من منتجاته . ويجب أن يؤجر لحساب الشركاءجميعا، ولو عارض فى ذلك احدهم » . والمادة ٨٢٩ : « يجب على كل شريك ان يقدم لشركائه حسابا عن كل مااستلمه زيادة على حصته فى منتجات الشيء المشترك »

والفصل ٩٦٤ : « اذا كان الشيء لا يقبل القسمة بطبيعته ، كسفينة أو حمام لم يكن لأي واحد من المالكين الا الحق في أخذ غلته بنسبة نصيبه ويلزم اكراء هذا الشيء لحساب المالكين جميعهم ولو عارض فيه احدهم» .

والفصل ٩٦٥ : « على كل واحد من المالكين على الشياع ان يقدم للباقين حسابا عما اخذه زائدا على نصيبه من غلة الشيء المشترك » .

واذا كان القانون المغربي لم ينص على ان تكون الادارة من حق الشركاء مجتمعين ، فان هذا المعنى مستفاد من النصوص التي اوردناها لأنها تجعل لكل شريك الحق في استعمال واستغلال الشيء . فلا فرق في هذا بين القانون المغربي والقوانين العربية الأخرى . وتطبيقا لهذه الفكرة اورد التقنين المغربي الاحكام التالية :

أولا : ليس لشريك ان يقوم بعمل تجديد في الشيء الا اذا وافق على ذلك كل الشركاء . فاذا خالف الشريك ذلك وقام بتجديدات في الشيء ، فاما ان يكون الشيء قابلا للقسمة او غير قابل لها . فاذا كان قابلا للقسمة قسم بين الشركاء فان اصاب ألشريك المجدد التجديد في نصيبه انتهى الأمر ولم يكن له رجوع على احد ، وان خرج الجزء المجدد في نصيب شخص آخر من الشركاء ، كان لهذا الأخير الخيار بين ان يبقى على التجديدات ويدفع قيمتها ، وبين ان يلزم من اجراها بازالتها واعادة الشيء الى ما كان عليه قبل التجديد ، اما اذا كان الشيء غير قابل للقسمه فانه يكون لباقي المالكين على الشيوع ان يلزموا من اجرى التجديدات باعادة الشيء الى ما كان عليه قبل التجديد على نفقته والزامه بالتعويض ان كان له مقتض . وبطبيعة الحال ، لا مانع من قبولهم التجديدات وأدائهم قيمة ما يخص كلا منهم ان تراءى لهم ذلك ، كما ان لهم أن يتفقوا على أي حل آخر .

ثانيا : اذا كا ن الشيء غير قابل للقسمة فيجب تأجيره للغير . أو استغلاله بأى طريق قانونى للحصول على غلته من الغير . وتوزع هذه الغلة بين الشركاء بحيث لا يحصل كل شريك الا على ما يوازى حصته فى الملكية • ويجوز للشركاء اجراء هذا الاستغلال بالتأجير أو غيره . ولو عارض فيه أحدهم (الفصل ٩٦٤ التزامات وعقود) لأنه لا يوجد حل اعدل من هذا •

ثالثا : اذا كان احد الشركاء قد حصل غلة للشيء . فعليه ان يقدم حسابا للباقين عما حصل وما يحصه فيه . حتى يؤدى اليهم ما يخصهم اذ ليس له حق فيما يزيد على نصيبه (الفصل ٩٦٥) •

اما اذا لم يستطع الأطراف الاستفادة من الشيء متفرقين أو مجتمعين فانه لابد وان تكون هناك حلول اخرى غير ما تقدم • وهذه الحلول لا تخرج عن احدى فكرتين : اما ان يمكن الشركاء من الاستفادة من الشيء منفردين بتقسيمه قسمة انتفاع فيما بينهم . وتسمى قسمة المهايأة • واما ان يبقى الشيء بغير تقسيم . فيستغلونه معا ولكن دون اشتراط الاجماع فى الادارة أى يكتفى برأى الأغلبية• وحول هاتين الفكرتين ستدور أحكام ادارة المال الشائع واستغلاله فى الفقرات التالية :

٤٩ ـــ قسمة المهايأة : Le partage de jouissance تنص المادة ٨٤٦ مدنى مصرى على انه « ١ ـــ فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع . متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الاجزاء . ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين • فاذا لم تشترط لها مدة او انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد . كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبلَ انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب

فى التجديد • ٢ ـ واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك • واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشر سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة » •

وتنص المادة ٨٤٧ مدنى مصرى على ان « تكون قسمة المهايأة ايضا بأن يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » •

وتنص المادة ٨٤٨ مدنى مصرى على ان : « تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات ، لأحكام عقد الايجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » • وتنص المادة ٨٤٩ مدنى مصرى على أن : « ١ ـ للشركاء أن يتفقوا اثناء اجراءات القسمة النهائية على ان يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية • ٢ ـ فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى اذا طلب منه ذلك احد الشركاء أن يأمر بها • بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر ذلك » [١٩] •

---

(١٩) هذه النصوص يقابلها فى التقنينات العربية الأخرى النصوص التالية : فى القانون السورى المواد ٨٠٠ ـ ٨٠٣ مدنى مطابقة ، فى القانون الليبى المواد ٨٥٠ ـ ٨٥٣ مدنى مطابقة عدا المادة ٨٥٠ التى طابقت الفقرة الاولى من المادة ٨٤٦ مصرى وحذفت الفقرة الثانية . وفى القانون العراقى: المواد ١٠٧٨ ـ ١٠٧٩ موافقة ولم تأخذ بالفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ ايضا . والمادة ١٠٨٠ ونصها : « اذا لم يتفق الشركاء على المهايأة فى المنقول ، ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع فللشريك الذى يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لاجرائها » . وفى القانون اللبنانى تنص المادة ٨٣٠ موجبات وعقود على انه : « يجوز أن يتفق الشركاء على ان يتمتع كل منهم على انفراد بالشىء أو بالحق المشترك على طريقة المناوبة ـ وفى هذه الحالة

اما فى تقنين الالتزامات والعقود المغربى فيص الفصل ٩٦٦ على انه:
« للمالكين على الشياع أن يتفقوا فيما بينهم على ان يتناوبوا الاستئثار
بالانتفاع بالشيء او الحق المشترك . وفى هذه الحالة يسوغ لكل واحد
منهم ان يتصرف على سبيل التبرع أو المعاوضة فى حقه فى الانتفاع بالشيء
لمدة الانتفاع ولا يلتزم بأن يقدم لبقية المالكين حسابا عما يأخذه من الغلة
— غير انه لا يسوغ له أن يجرى اى شيء من شأنه ان يمنع أو ينقص
حقوق بقية المالكين فى الانتفاع بالشيء عندما يحين دورهم فيه » .

وظاهر من هذه النصوص ان القسمة التى تتحدث عنها ، ليست
قسمة نهائية يقصد بها انهاء حالة الملكية الشائعة . وانما هى قسمة منفعة
فقط ، يقصد بها تفادى صعوبات ادارة المال الشائع ادارة جماعية ولهذا
تسمى بقسمة المهايأة . وهذه القسمة نوعان : قسمة مهايأة زمانية ،وقسمة
مهايأة مكانية .

ولم يتناول الفصل ٩٦٦ التزامات وعقود مغربى سوى قسمة المهايأة
الزمانية ولكن الفقه يرى انه لا يوجد فى ظل القانون المغربى ما يمنع
الشركاء من الأخذ بقسمة المهايأة المكانية لانه ليس فيها ما يخالف النظام
العام (٣٠) .

يمكن كلا منهم ان يتصرف فى حقه الخاص الذى يتمتع به سحابة المدة
المعينة لهذا التمتع ، سواء أكان ببدل ام بلا بدل ، ولا يلزمه حينئذ ان يقدم
لشركائه حسابا عما استوفاه — غير انه لا يستطيع ان يأتى امرا من شأنه
ان ينقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تأتى نوبتهم فى التمتع » .
ويبين من هذا ان القانون اللبنانى لم يعرض للمهايأة المكانية وانما تعرض
فقط للمهايأة الزمانية وسنرى ان القانون المغربى فعل ذلك ايضا . ويبين
كذلك أن القانون العراقى يجعل قسمة المهايأة فى المنقول دون العقار قسمة
قضائية . انظر السنهورى ، ص ٨١٦ بالهامش .

(٢٠) الكزبرى ، ص ١٢٥ — ص ١٢٦ .

وتعنى المهايأة الزمانية ان يحصل كل شريك على الشيء الشائع لينتفع به مدة تتناسب مع مقدار نصيبه فى ملكيته . فاذا كان الشيء الشائع دارا يملكها اثنان كان للاول منهما أن ينتفع بالدار كلها مدة سنة والثانى ان ينتفع بها سنة أخرى . واذا كان الشيء سيارة يملكها اثنان بنسبة الثلث الى الثلثين كان للاول مثلا ان يستعملها فى الركوب شهرا والثانى شهرين وهكذا .

اما المهايأة المكانية . فتكون باعطاء كل شريك قدرا مفرزا من الشيء يساوى نصيبه فى الملكية الشائعة لينفرد بالانتفاع به . وفى مقابل ذلك يترك لكل من الشركاء الآخرين الانتفاع بحصة مفرزة كذلك . فاذا كان المملوك دارا جاز أن يحصل كل شريك على طابق أو شقة أو عدد من الغرف يوازى ما يملكه .

وسواء كانت قسمة المهايأة زمانية أو مكانية . فان الشريك يستطيع أن ينتفع بالشيء فيها بنفسه أى يمارس حق الاستعمال . ويستطيع ان ينتفع به عن طريق استغلاله بتأجيره . ويستطيع كذلك ان يعير الشيء . وبعبارة أخرى يمكن ان يترك الانتفاع للغير بعوض أو بغير عوض . ولا يلزم الشريك بأن يقدم حسابا الى الشركاء الآخرين عما أخذه من غلة الشيء اذ المفروض انها تمثل حصته دون زيادة . ولكن يلاحظ انه لا يجوز للشريك ان يأتى أى عمل ينقص او يعوق انتفاع الآخرين فى نوبتهم .

ويلاحظ أن المشرع المغربى لم يحدد مدة للمهايأة . والقاعدة ان المهايأة الزمانية ليست لها مدة سوى ما يحدده الشركاء . ويمكن ان تتكرر نوبات الانتفاع بغير حدود. اما قسمة المهايأة المكانية فقد رأينا ان المشرع المغربى لم يعرض لها . ومن ثم فلم يحدد لها مدة أما المشرع المصرى (والسورى والليبى والعراقى) فقد حدد مدة خمس سنوات كحد اقصى لقسمة المهايأة المكانية لا يجوز ان يزيد الاتفاق عنها . اما اذا لم يتفق على مدة فتعتبر المدة سنة تتجدد اذا لم يخطر احد الشركاء باقيهم برغبته فى

انهائها . واذا استمرت قسمه المهايأة المكانيةمدة خمس عشرة سنة اعتبرت
قسمة نهائية ويفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس ان من حاز الحصة
خمس عشرة سنة انه يستند فى ذلك الى قسمة مهايأة مكانية ومتى ثبت
ذلك بالافتراض انقلبت هذه القسمة الى قسمة نهائية لاستمرارها ١٥
سنة . ونحبذ للقانون المغربى الاخذ بمثل هذه الأحكام فى التشريع .

ولم يحدد المشرع المغربى كذلك ، احكاما مفصلة للمهايأة الزمانية
فلم يبين اهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم . ولكن من اليسير التوصل
الى هذه الأحكام اذا عرفنا الطبيعة القانونية لقسمة المهايأة . فقسمة المهايأة
تعتبر اتفاقا بين جميع الشركاء على الانتفاع بحيث يحصل كل منهم على
منفعة الشىء مدة معينة (فى المهايأة الزمانية) ويتنازل له الشركاء عن حقهم
فى الانتفاع خلال هذه المدة ، مقابل ان يتنازل لهم هو عن حقه فى الانتفاع
فى نوباتهم . والامر كذلك فى المهايأة المكانية بتنازل الشريك عن حقه فى
الانتفاع بالحصص الأخرى مقابل تنازل الشركاء اليه عن حقهم فى الانتفاع
بالحصة التى استأثر بها فقسمه المهايأة بنوعيها تتلخص فى تبادل منفعة
بمنفعه او مقايضة منفعة بمنفعه . ومقايضة المنفعة بالمنفعة تعتبر ايجارا .
ومن ثم يمكن تطبيق احكام عقد الايجار على قسمة المهايأة وهذا هو
ما أخذ به التقنين المدنى المصرى . ويمكن الأخذ به كذلك فى القانون
المغربى . وعلى ذلك لا تلزم هذه التصرف فى المتقاسمين . وانما يكفى
اهلية الادارة . ويكون للشريك المتهايئ حقوق المستأجر وعليه التزاماته
فله حقوق المستأجر فيما يتعلق بالتسليم وتعهد الشىء بالصيانة وضمان
التعرض وضمان العيوب الخفية . وعليه التزامات المستأجر فى استعمال
العين بحسب الغرض الذى اعدت له والمحافظة عليها وردها عند انتهاء
المهايأة . وعليه اداء الاجره ولكنها تتمثل هنا فى المنفعة التى تنازل عنها
لشركائه (٢١) .

---

(٢١) السنهورى فقرة ٥٥٢ — ص ٨٣٠ — ص ٨٣٢

٥٠ ــ (أ) الادارة العادية للشيء الشائع : تنص المادة ٨٣٨ مدني مصري على ان : « ١ ــ ما يستقر عليه رأى اغلبية الشركاء فى اعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الاغلبية على أساس قيمة الانصباء فان لم تكن ثمة اغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع • ٢ ــ وللاغلبية ايضا أن تختار مديرا ، كما ان لها ان تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء اكان الخلف عاما أم كان خاصا •

٣ ــ واذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم » (٢٢) •

وفى القانون المغربى ينص الفصل ٩٧١ من تقنين الالتزامات والعقود على ان : « قرارات أغلبية المالكين على الشياع ملزمة للاقلية . فيما يتعلق بادارة المال المشاع والانتفاع به ، بشرط أن يكون لمالك الأغلبية ثلاثة ارباع هذا المال • ــ فاذا لم تصل الأغلبية الى الثلاثة ارباع حق للمالكين أن يلجأوا للقاضى ويقرر هذا ما يراه اوفق لمصالحهم جميعا ويمكنه أن يعين مديرا يتولى ادارة المال المشاع او ان يأمر بقسمته » •

---

(٢٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص فى القانون السورى ، المادة ٧٨٣ مدنى مطابقة فى القانون الليبى المادة ٨٣٧ مدنى مطابقة ، فى القانون العراقى ، المادة ٢/١٠٦٤ و ٣ موافقة فى القانون اللبنانى ، المادة ٨٣٥ موجبات وعقود : « ان الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات التى تتخذها الغالبية فيما يختص بادارة الشيء المشترك وكيفية الانتفاع به ، بشرط ان يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التى يتكون منها موضوع الشركة ــ واذا لم يكن للغالبية ثلاثة ارباعها ، فللشركاء أن يلجأوا الى القاضى فيقرر مايراه اكثر انطباقا على مصلحة الشركة العامة ويمكنه ان يعين لها مديرا عند الاقتضاء او يأمر قسمتها .» وهذا النص ينسخ المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

وهنا ايضا نجد النصوص العربية فى مجموعها متقاربة • وللتعرف على احكامها يمكن ان نفترض فروضا ثلاثة تتعلق بها الاحكام الواردة فى هذه النصوص .

أولا : ان ينفرد احد الشركاء فى الملكية الشائعة بادارة المال الشائع ولا يخلو الامر عندئذ من احد موقفين يتخذهما باقى الشركاء : فاما ان يعارضوا ويرفضوا انفراده بالادارة،وبذلك لا يكون له أن ينفرد بالادارة بل تكون الادارة من حق اغلبية الشركاء . واما ان يعلم الشركاء الباقون بانفراده بالادارة ويسكتوا عن الاعتراض . وعندئذ يعتبر وكيلا عنهم وكالة ضمنية فى الادارة فهو يدير المال الشائع اصيلا عن نفسه وكيلا عن شركائه • وتنفذ فى حق شركائه اعمال الادارة التى يقوم بها . فاذا قبض أجرة العقار كان وفاء المستأجر مبرئا لذمته قبل الشركاء الآخرين ، واذا قام باعمال الصيانة اللازمة او سدد الضرائب على العقار كان ذلك ملزما للشركاء الآخرين بان يدفعوا اليه ما يخصهم منها • ولكن هذه الوكالة لا تقيد الشركاء ، فلهم ان يعترضوا على عمل الشريك وادارته فيعتبر ذلك عزلا لهذا الوكيل • اما اذا اعترض البعض وبقيت الاغلبية غير معترضة• فهو يبقى فى ادارته وكيلا عن الجميع . على اساس انه معين من قبل الاغلبية للادارة (٢٣) • هذه الاحكام تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٨ مدنى مصرى . ولكنها تنطبق فى القانون المغربى لانها تتفق مع القواعد العامة ، ولان الفصل ٨٨٣ من تقنين الالتزامات والعقود ينص على انه « يسوغ أن يكون رضى الموكل صريحا او ضمنيا » •

ثانيا : أن تتولى أغلبية الشركاء الادارة : ويقع ذلك عادة عندما لا يتيسر الحصول على منفعة الشيء بادارة جماعية . ويكون ثمة اختلاف

---

(٢٣) السنهورى : فقرة ٤٩٦ – ص ٨٢٥ وما بعدها .

فى وجهات النظر بين الشركاء . فلابد من الترجيح بين الوجهات المختلفة، وليس هناك اعدل من الاخذ بوجهة نظر الاغلبية عند الاختلاف . وهنا اختلفت التقنينات العربية فى تحديد الأغلبية المطلوبة . فأخذت القوانين المصرية والسورية والليبية والعراقية برأى الاغلبية المطلقة أى أكثر من النصف على اساس قيمة الانصبة فى الملكية . فمن يملك أو يملكون أكثر من نصف المال الشائع يكون لهم ان يفرضوا رأيهم وقراراتهم فى الادارة على الاقلية . واخذ القانونان المغربى والعراقى باغلبية ملاك ثلاثة ارباع المال الشائع فمن يملك او يملكون قدرا يبلغ ثلاثة ارباع المال الشائع يحق لهم الزام الاقلية بما يتخذونه من قرارات فى الادارة وللاغلبية أن تعين مديرا للمال الشائع أو وكيلا عنها من الشركاء أو من غيرهم . ولها أن تضع نظاما للادارة والانتفاع ولها أن تعدل هذا النظام أو تلغيه .

ولكن قد تكون الاغلبية — خصوصا عندما تكون فردا واحدا يملك ثلاثة ارباع — متعسفة فى استعمال حقها . مهددة لمصالح الاقلية . وعندئذ تستطيع الاقلية حماية مصالحها باحد طريقين . اما ان تطلب الى القضاء الغاء قرار الاغلبية استنادا الى فكرة التعسف فى استعمال الحق أو أن تطلب قسمة المال الشائع .

ثالثا : تعذر توافر الأغلبية : اذا لم يحصل اتفاق أغلبية من بين الشركاء على كيفية ادارة المال الشائع والانتفاع به فانه يتعين الالتجاء الى المحكمة لتتخذ ما تراه مناسبا لمصلحة الجميع . ويمكن ان يلجأ اليها جميع الشركاء أو اغلبيتهم أو حتى شخص واحد منهم . وقد يرى القاضى تعيين مدير للمال الشائع او يرى الشروع فى قسمته .

٥١ — (ب) الادارة غير المعتادة للشيء الشائع نصت المادة ٨٢٩ مدنى مصرى على انه : « ١ — للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة

ارباع المال الشائع ان يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهـذا المال من التغييرات الاساسية ولتعديل فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان — ٢ وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار تلك الاغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء ، بما قد يستحق من التعويضات »[٢٤] .

اما فى القانون المغربى فينص الفصل ٩٧٢ على أن : قرارات الأغلبية لا تلزم الأقلية : (أ) فيما يتعلق بأعمال التصرف ، وحتى أعمال الادارة

---

(٢٤) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى ما يلى من النصوص : فى القانون الليبى : المادة ٨٣٨ مدنى مطابقة فى القانون السورى : المادة ٧٨٤ مدنى التى تطابق النص المصرى وتزيد انها تشترط ان يكون اعلان قرارات الأغلبية بكتاب مضمون او بطريقة رسمية أخرى ، فى القانون العراقى تنص المادة ١٠٦٥ مدنى على ان ١ — للشركاء اصحاب القدر الاكبر فى الحصص ان يدخلوا باذن المحكمة فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة . ٢ — وللمحكمة ان تقرر ماتراه مناسبا من الاجراءات ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . وهذا النص يختلف عن النص المصرى فى انه يكتفى بالأغلبية العادية ولكن يشترط من جهة اخرى اذن المحكمة قبل القيام بالعمل . وفى القانون اللبنانى تنص المادة ٨٣٦ من تقنين الموجبات والعقود على أن : « لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية اذا كانت تختص اولا : بأعمال التصرف وبالأعمال الادارية أيضا اذا كانت تمس الملكية مباشرة . ثانيا : بتعديلات جديدة فى عقد الشركة او الشىء المشترك . ثالثا : بعقد موجبات جديدة . ففى الاحوال المتقدم ذكرها يجب ان يتغلب راى المعارضين على انه يجوز للشركاء الآخرين ان يستعملوا عند الاقتضاء الحق المنصوص عليه فى المادة ٨٦ » وهذا الحق هو اتخاذ الشىء كله لحسابهم — انظر السنهورى ، ص ٨٣ — هامش رقم ٢

التي تمس الملكية مباشرة • (ب) فيما يتعلق باجراء تغيير في الاشتراك أو في الشيء المشاع نفسه •

(جـ) في حالة التعاقد على انشاء التزامات جديدة •

« في الحالات المذكورة آنفا ، يؤخذ برأي المعترضين • ولكن يسوغ لباقي المالكين أن يباشروا ما يخوله الفصل ١١٥ اذا اقتضى الحال » •

وبالرجوع الى الفصل ١١٥ نجد أن تطبيقه على الشيوع يجير لباقي المالكين ان يأخذوا الشيء كله لحسابهم الشخصي •

وتعالج هذه النصوص حالة اقدام اغلبية الشركاء على تغيير الغرض الذي أعد له المال الشائع • وفي هذه الحالة لا تكون قرارات الاغلبية في القانون المغربي ملزمة للاقلية ، ويجب الأخذ برأي الأقلية اي يجب الاقتصار على الغرض الأصلي الذي أعد له الشيء دون تعديل • واذا تناول التعديل الشيء ذاته فلا ينفذ هذا التعديل ولو كان برأي الأغلبية وكذا اذا تعاقدت الأغلبية على انشاء التزامات جديدة ، فهذه الالتزامات لا تسأل عنها الأقلية ولا تنفذ في الشيء • أما في القـــانون المصري (والسوري والليبي) فالأغلبية العادية لا تنفذ قراراتها في حق الأقلية ان اتجهت الى تغيير اساس في الشيء أو الى تعديل في الغرض الذي اعد له ولو كان في ذلك تحسين للانتفاع بالشيء ولكن اذا كانت الاغلبية هي أغلبية ملاك ثلاثة أرباع المال الشـــائع وأعلنوا قرارهم الى الأقلية فان قرارهم ينفذ في حق الاقلية ، الا اذا اعترضت الاقلية او اعترض احـــد أفرادها وتقدم باعتراضه الى المحكمة خلال شهرين من وقت اعلانه بالقرار• وعندئذ يكون للمحكمة أن تلغي قرار الأغلبية أو أن توافق عليه • ولكن موافقة المحكمة على قرار الأغلبية لا تعفي الأغلبية من المسئولية قبل الأقلية أن ترتب على قرار الاغلبية خسارة أو ضرر • ولذلك يمكن للمحكمة حتى

تضمن مصالح الأقلية أن تؤيد قرار الأغلبية بشرط ان تقدم الاغلبية كفالة تضمن ما قد يستحق للاقلية من تعويضات •

ويعتبر تعديلا فى الغرض الذى اعد الشىء الشائع ما اجله : ان يكون الشىء أرضا زراعية • فتتفق الاغلبية على تحويلها الى ارض للبناء ، على أساس ان قيمة ارض البناء تكون اعلى من قيمة الارض الزراعية فيستفيد من ذلك الملاك المشتاعون • كذلك اذا كان الشىء الشائع مطعما وقررت الاغلبية تحويله الى مقهى • أو العكس (تحويل مقهى الى مطعم) فان هذا يعتبر تعديلا فى الغرض الذى اعد الشىء من اجله • اما التعديل فى ذات الشىء فيكون مثلا بالنسبة الى دار مقسمة الى شقق للسكنى فتقوم الاغلبية باجراء تعديل فى المبانى لتأجير غرف منفصلة بدلا من الشقق • أو لتحويل الطابق السفلى من شقة سكنية الى محلات تجارية بعمل أبواب على الطريق العام كأبواب المحلات •

واذا كانت قرارات الأغلبية لا تنفذ فى حالة مجرد التعديل فى الغرض الذى أعد الشىء من أجله ، فهى — من باب أولى — لا تنفذ ان كانت متعلقة بالتصرف فى الشىء • أو كانت تنصب على أعمال ادارة تمس الملكية مباشرة وهذا ما نص عليه الفصل ٩٧٢ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى والمادة ٨٣٦ من التقنين اللبنانى ويمكن أن نعطى مثالا على أعمال الادارة التى تمس الملكية مباشرة بحالة تأجير المال الشائع لمدة مائة سنة مثلا بأجرة اجمالية سنوية : فمثل هذه المدة تنال من الملكية ذاتها وتكاد تشبه أعمال التصرف فى المال نهائيا • ولذلك يكون هذا العمل ممنوعا •

أما فى التشريع المصرى فان المادة ٨٣٢ مدنى تنص على أن : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا

التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية . على أن يعلنوا قرأراتهم الى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الاعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقرر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا »(٣٥)

المطلب الثانى
التصرف فى الملكية الشائعة

٥٢ — حق التصرف فى الحصة الشائعة : تنص المادة ٨٢٦ مدنى مصرى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »(٣٦) .

وينص الفصل ٩٧٣ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى على أن: « لكل مالك على الشياع حصة شائعة فى ملكية الشىء المشاع وفى غلته

(٣٥) هذا النص تطابقه المادة ٨٤١ مدنى ليبى ، والمادة ٧٨٧ مدنى سورى ، أما المادة ١/١٠٦٢ مدنى عراقى فهى أقرب الى حكم القانونين المغربى واللبنانى ونصها : « كل واحد من الشركاء اجنبى فى حصة الآخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأى وجه من غير رضاه » .

(٣٦) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص : فى القانون السورى : المادة ٧٨١ مدنى مطابقة فى القانون الليبى ٨٣٥ مدنى مطابقة فى القانون العراقى : المادة ٢/١٠٦١ ، ٣ وقد سبق ايراد نصهما وهما موافقتان للنص فى القانون اللبنانى : المادة ٨٣٧ من تقنين الموجبات والعقود الذى نسخ المادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ، وهو موافق كذلك للنص الموجود بالمتن ، وقد سبق ايراد النص اللبنانى كذلك .

وله أن يبيع هذه الحصة ، وأن يتنازل عنها وأن يرهنها وأن يحل غيره محله فى الانتفاع بها ، وأن يتصرف فيها بأى وجه آخر سواء أكان تصرفه هذا بمقابل أو تبرعا وذلك كله مالم يكن الحق متعلقا بشخصه فقط » .

لا جدال فى أن تصرف الشركاء جميعا فى المال الشائع كله أو حصة منه ببيعه أو رهنه أو غير ذلك يكون تصرفا صحيحا ملزما لهم جميعا . ولكن ما حكم تصرف أحدهم فى حصته الشائعة .

ان حق الشريك فى الشيوع فى التصرف فى حصته حق مقرر باعتباره مالكا ، وحق التصرف هو أبرز ما يميز حق الملكية . وحقه فى التصرف يشمل جميع أنواع التصرفات القانونية من بيع وهبة ووصـية ورهن ومقايضة وغير ذلك ، يستطيع أن يتصرف معاوضة أو تبرعا ، وأن يتصرف بتصرفات حالة أو مضافة لما بعد الموت وأن يتصرف بمقابل نقـدى أو عينى ، وأن يتصرف فى الحصة كلها أو فى جزء منها : ويستطيع أن ينشىء عليها حق انتفاع أو حق سكنى أو أن يؤجرها[٢٧] . وهو لا يتقيد فى كل ذلك الا بعدم الاضرار بالشركاء الآخرين . كما نص على ذلك الفصل ٩٦٦/٢ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى . والمادة ٨٣٦ مدنى مصرى . ويلاحظ انه يمتنع على الشريك التصرف المادى فى حصته كاعدامها مثلا لتعلق حقوق الشركاء الآخرين بكل ذرة فى المال الشائع .

---

(٢٧) ولكنه لا يستطيع ان يرتب على الحصة الشائعة حق ارتفاق لانه يقتضى مباشرة اعمال لا تصح مباشرتها الا على عقار مفرز ولا ان يرتب حق ارتفاق لصالح حصته الشائعة لأن حق الارتفاق غير قابل للتجزئة ولا ان يرتب على الصحة الشائعة حق سطحية لان البناء او الفراس الذى يقتضيه حق السطحية يتعذر مباشرته على حصة شائعة . انظر السنهورى : فقرة ٥١٣ ــ ص ٨٤٥ والهامش رقم ٥ بها .

ولكن فى بعض الأحيان لا يكون للشريك أن يتصرف فى حصته لأحد اعتبارين :

الأول : أن يكون ممنوعا من التصرف بمقتضى شرط مانع من التصرف فى سند الملكية ذاته . كما لو كان مصدر الشيوع الوصية لعدة أشخاص بمال واحد يستلكونه على الشيوع وكانت الوصية مقترنةبالمنع من التصرف مدة معينة .

الثانى : أن يكون الحق متعلقا بشخص الشريك فقط . ويقع ذلك مثلا اذا كان الشىء وساما أنعم به على شخص ، واحتفظ به ورثته من بعده فلا يجوز أن يبيع أحد الورثة حقه الشائع فى الوسام لأنه متعلق بشخصه وعائلته .

واذا كانت الحصة التى ورد عليها التصرف حصة شائعة فى عقار ، وجب اتخاذ اجراءات التسجيل أو التحفيظ الخاصة بنقل الملكية أو ترتيب الحق العينى عليها .

وباتمام هذا التصرف يكون المتصرف اليه مالكا لحصة شائعة له عليها كل حقوق المالك ، ولكنه شريك فى ملكية شائعة ، سواء كانت الحصة شائعة فى عقار معين أو فى مجموع من المال كمن يبيع حصته فى تركة تشتمل على عدة عقارات .

٥٣ ـ التصرف فى حصة مفرزة : نصت المادة ٢/٨٢٦ مدنى مصرى على ما يلى : « واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق

القسمه وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف »(٣٨) .

أما تقنين الالتزامات والعقود المغربى فلا يوجد فيه نص على التصرف فى حصة مفرزة . ولذلك فان هذه الصورة وهى بالضرورة تعرض فى العمل لابد من استخلاص حكمها من القواعد العامة .

والقواعد العامة تقتضى فى هذه الحالة بالنظر الى علم أو عدم علم المتصرف بكون الحصة مفرزة . فاذا كان هناك شخصان يملكان قطعة أرض على الشيوع . وقام أحدهما بتحديد جزء منها وتصرف فيه بالبيع فالمشترى اذا كان لا يعلم ان الأرض شائعة وأن البائع لا يملكها ملكية مفرزة يعتبر واقعا فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء كانت هى السبب الدافع الى الرضى (الفصل ٤١ من تقنين الالتزامات والعقود) . وهذا الغلط يسمح له بأن يطلب ابطال البيع عندما يعلم بأمره . ولكن اذا لم يستعمل المشترى حقه فى طلب الابطال حتى تمت القسمة فانه لا يستطيع أن يطلبه بعد ذلك اذا كان الجزء المبيع مفرزا قد وقع بالقسمة فى نصيب

---

(٣٨) هـذا النص يقابله فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص : فى التقنين السورى : المادة ٢/٧٨١ مدنى مطابقة . وفى القانون الليبى : المادة ٢/٨٣٥ مدنى مطابقة . وفى التقنين العراقى : تنص المادة ٢/١٠٦٢ مدنى على انه : واذا تصرف الشريك فى جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب هذا الشريك » . ولا يأخذ القانون العراقى بالحلول العينى فى هذه الحالة فاذا حصل الشريك المتصرف عند القسمة على حصة غير المفرزة التى تصرف فيها لم ينتقل حق المتصرف اليه الى الحصة الجديدة كما فى القانون المصرى اما فى القانون اللبنانى فيستفاد من نصوصه ان التصرف فى جزء مفرز لا يصح الا بموافقة جميع الشركاء فالمادة ٣٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى تنص على انه : « لا يجوز لأى شريك كان فى عقار شائع ان يستعمل حقوقه على كل العقار او على جزء معين منه بدون رضاء سائر الشركاء الباقين : انظر السنهورى ص ٨٦٩ هامش رقم ٢ .

البائع ، اذ ان سبب الابطال قد زال • أما اذا لم يقع هذا الجزء فى نصيب البائع ، فحق طلب الابطال يبقى للمشترى • ومن حق المشترى كذلك ألا يطلب الابطال ، وانما يطلب الفسخ على أساس أن البائع لم ينفذ التزاما بنقل الملكية اليه خالصة مفرزة •

أما اذا كان المشترى يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع ملكية مفرزة فهو لا يستطيع أن يطلب الابطال ولا الفسخ ، وانما يعتبر انه قد ارتضى انتظار اقرار الشركاء الآخرين للبيع فيستقر وضعه أو انه قد ارتضى الانتظار حتى تتم القسمة ، فيستقر حقه على الجزء المبيع ان دخل فى نصيب البائع • أما موقف الشركاء الآخرين من هذا البيع ، فهم لايتقيدون به ، ويمكنهم أن يعتبروا أنفسهم مالكين فى الجزء المفرز بقدر حصصهم كما يملكون فى باقى المال الشائع بقدرها • فاذا تمسك المشترى فى مواجهتهم بحقه منكرا عليهم حقوقهم ، كان لهم أن يقيموا ضده وضد البائع دعوى الاستحقاق ليثبتوا حقهم فى الحصة المبيعة المفرزة • وهذه الأحكام التى تقضى بها القواعد العامة فى القانون المغربى هى نفسها التى نص عليها التقنين المدنى المصرى فى النص سالف لذكر ، ولكنه يضيف الى ذلك تطبيقا خاصا بحالة عدم وقوع الجزء المبيع فى نصيب البائع . اذ ينتقل حق المشترى الى جزء مساو له ، مما دخل فى نصيب البائع بالقسمة وذلك طبقا لنظرية الحلول العينى •

٥٤ ــ تصرف الشريك فى المال الشائع كله : فى هذه الحالة كذلك ننظر فيما اذا كان المتصرف اليه لا يعلم بعدم ملكية الشريك للمال الشائع كله ، فيكون للمتصرف اليه حق طلب ابطال التصرف للغلط فى الصفة ، أو ان يطلب الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه • وأما اذا كان المتصرف اليه يعلم بعدم ملكية البائع فهو لا يستطيع أن يطلب الابطال وانما يستطيع أن يطلب الفسخ أو ان يرجع على البائع بضمان الاستحقاق •

أما موقف الشركاء الآخرين : فاما أن يقروا تصرف الشريك فينفذ في حقهم وتستقر الملكية للمتصرف اليه . واما أن يرفضوه وبذلك لاينفذ في حقهم فيما يتعلق بحصصهم ولكن ينفذ في حقهم في حصة الشريك المتصرف لأنه تصرف في حصة شائعة يملكها وهذا حقه[٢٩] . ولكن يبقى لهم حق الشفعة وسيأتي الكلام عنه وهذه الأحكام هي أيضا تطبيق للقواعد العامة .

٥٥ — التصرف بطريق « الصفقة » . يعتبر البيع المسمى في المغرب « صفقة » نوعا فريدا من أنواع التصرف في الملكية الشائعة . وهو غير معروف في أي بلد آخر . وهو نظام عرفي لم ينص عليه التشريع المطبق على العقارات المحفظة . وانما توجد اشارة اليه في بعض النصوص التشريعية الأخرى . مثل ظهير ٧ فبراير ١٩٥٣ الخاص بمال الأسرة . ولا ينطبق هذا النظام على العقارات المحفظة وانما ينطبق على غيرها من العقارات أي العقارات الملك[٣٠] . وان كان وروده على عقار محفظ لا يخلو من بعض الآثار القانونية .

ومعنى الصفقة أن يقوم أحد الشركاء ببيع المال الشائع كله سواء حصته أو حصص شركائه . وذلك بشرط أن يكون له اتحاد المدخل . أي أن يكون حق الشريك في الملك ناشئا من نفس السند الذي أنشأ الملكية لشركائه . ويتم البيع الى أجنبي ليس من الشركاء . ولا يشترط أن يكون المال غير قابل للقسمة بل تجوز الصفقة في مال قابل للقسمة . ولا يتملك المشتري الا اذا أقر الشركاء الآخرون البيع الحاصل من شريكهم . فالبيع هنا يتوزع شطرين أحدهما هو بيع الشريك حصته

---

(٢٩) السنهوري : الفقرات ٥٣٣ — ٥٣٥ — ص ٨٧٨ — ص ٨٨٠ .

(٣٠) ديكرو : الفقرات ٣٥ — ٣٧ — ص ٢٨ — ص ٢٩ .

الشائعة وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، لأنه يبيع مايملك فيستطيع أن ينقل الملكية ولكنه بيع معلق على شرط فاسخ لأن شركاءه يستطيعون أن يستردوا هذه الحصة بالشفعة.والثانى : بيع الشريك لحصص شركائه وهو بيع معلق على شرط واقف هو موافقة هؤلاء الشركاء على البيع . ولذلك يكون على المشترى ألا يدفع قيمة حصص الشركاء الى الشريك البائع . وانما يدفع اليه قيمة حصته وحدها ، ويستطيع الشركاء الآخرون ان أقروا البيع أن يطالبوا المشترى بثمن حصصهم . واقرار الشركاء للبيع يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا . ويعتبر الشركاء مقرين للبيع اذا أخذوا الثمن الذى يخصهم منه ، أو حضروا البيع ولم يعترضوا ويمكن اعذارهم لاقرار البيع بواسطة البائع أو المشترى ، وذلك بميعاد قصير جدا هو ميعاد ساعة أو ميعاد أطول يحدده القاضى ، فاذا لم يطلبوا الاسترداد dhom فى الميعاد اعتبر ذلك اقرارا للبيع وقد لايتم اعذارهم ولا يحضرون البيع ولا يعلن البيع اليهم . وتمضى ثلاث سنوات على حيازة المشترى دون أن يعلنوا رأيهم أو يطلبوا الاسترداد . فان مضى هذه المدة يعتبر اقرار منهم للبيع(٣١) .

واذا لم يقر الشركاء البيع صراحة أو ضمنا ، كان لهم حق الاسترداد من مشترى الصفقة ، ويمكن أن يطلب الاسترداد شريك واحد ، وحتى الشريك الذى لم يكن له اتحاد المدخل مع الباقين يستطيع أن يطلب الاسترداد . واذا كان هناك قاصر لا وصى له أو غائب فلا يسقط حقه فى الاسترداد طالما بقى العذر قائما . ويترتب على الاسترداد أن المشترى يعتبر انه لم يتملك قط ، والمستردون يعتبرون خلفا خاصا للبائع وذلك على خلاف الشفعة كما سنرى . واذا استرد أكثر من شريك فانهم يستردون

---

(٣١) ديكرو : الفقرات من ٣٨ الى ٤٢ ص ٢٩ — ص ٣١ .

حصة الشريك البائع نفسه وتقسم بينهم بنسبة حصصهم فى الملكية وتكون ثمار المال المبيع ملكا للمستردين وليس للمشترى حق فى الحصول على قيمة المبانى التى آقامها أو التحسينات التى أجراها فى العقار وانما يكون له فقط الحصول على قيمة المواد . واذا باشر الاسترداد شريك واحد فهو يتملك العقار كله وتزول بذلك حالة الشيوع ، ويكون للشركاء الآخرين الحق فى الحصول منه على قيمة حصصهم وذلك بمقتضى حق شخصى لهم فى ذمته[٣٢] .

واذا ورد البيع صفقة على عقار من العقارات المحفظة ، فهو يعتبر بيعا صحيحا فيما يخص حصة الشريك البائع. أما فيما يخص حصص باقى شركائه فهو يعتبر بيعا لملك الغير . فلا يصح الا باكتسابه ملكيتها أو باقرار شركائه لتصرفه[٣٣] .

المطلب الثالث

حق الشفعة

٥٦ ــ يختلف حق الشفعة المقرر فى التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب عنه فى التشريع المصرى وسنقتصر فى هذا الموضع على عرض موجز لأحكام الشفعة فى القانون المصرى ثم فى القانون المغربى[٣٤] ويلاحظ أن نظم الشفعة تستقى دائما من الفقه الاسلامى .

---

(٣٢) ديكرو : الفقرات ٤٣ ، ٤٧ ص ٣٢ و ٣٣ .

(٣٣) ديكرو : فقرات ٣٧ ــ ص ٢٩ .

(٣٤) الشفعة من الشفع وهو ضد الوتر لأن الآخذ بها يضم حصة غيره الى حصة نفسه فصارت شفعا بعد ان كانت وترا . وتعرف الشفعة فقها بأنها استحقاق الشريك اخذ مبيع شريكه بثمنه . انظر : البهجة فى شرح التحفة لعلى بن عبد السلام التسولى ــ طبع دار الفكر ببيروت ــ الجزء الثانى ــ ص ١٠٨ وكذا حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم لمحمد التاودى بهامش الكتاب السابق وو نفس الموضع منه .

٥٧ ــ الشفعة فى القانون المصرى : الشفعة فى القانون المصرى سبب من أسباب كسب الملكية ، يثبت للمالك أو الشريك فى الشيوع أو المنتفع أو مالك الرقبة فى الحكر (السطحية) أو الجار اذا بيع عقار أو حق متصل بهم على نحو معين ، فيكون لهم أن يأخذوا لأنفسهم العقار أو الحق بالثمن الذى بيع به ، دفعا للضرر الذى قد يصيبهم من شخص غريب عنهم ويمارس هذا الحق طبقا لاجراءات معينة رسمها القانون .

وتتلخص أسباب الشفعة فى وقوع تصرف بالبيع فى حق من الحقوق التالية :

١ ــ بيع حق الانتفاع أو بعضه : يجوز لمالك الرقبة أخذه بالشفعة فان تعدد ملاك الرقبة أخذ كل منهم بقدر نصيبه فى الملكية ان رغبوا جميعا فى الأخذ بالشفعة ويقاس على الانتفاع حقا الاستعمال والسكنى .

٢ ــ بيع شريك حصته الشائعة أو حصة مفرزة الى أجنبى عن الشيوع : يجوز للشركاء الآخرين الأخذ بالشفعة بقدر أنصبتهم فى الملكية وينطبق هذا على الشيوع فى الانتفاع .

٣ ــ بيع الرقبة أو بعضها يجوز معه لصاحب حق الانتفاع الأخذ بالشفعة .

٤ ــ بيع حق الحكر (السطحية) : يجوز معه لمالك الرقبة الأخذ بالشفعة .

٥ ــ بيع عقار مجاور لعقار آخر : يجوز معه لمالك العقار المجاور الأخذ بالشفعة اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء وكان العقاران متلاصقين ولو من جهة واحدة ، أما اذا كان العقار المشفوع من الأراضى المزروعة أو المعدة للزراعة فتثبت الشفعة اذا كان لأحد العقارين ارتفاق على الآخر وكانا متلاصقين ولو من جهة واحدة

ويمكن الأخذ بالشفعة كذلك اذا لم يوجد ارتفاق بشرط التلاصق من جهتين ولو غير متجاورتين وبشرط أن تكون قيمة أرض طالب الشفعة تبلغ نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل[٣٥] .

وهذه الحالات الخمس واردة على الترتيب فى التقنين المدنى المصرى فاذا تزاحم عدد من طالبى الشفعة وكانوا من طبقات مختلفة فهم يتفاضلون بحسب هذا الترتيب . أى يفضل مالك الرقبة مثلا على الشريك المشتاع فى حق انتفاع عند بيع هذا الحق . ويفضل الشريك فى الشيوع على الجار عند بيع الحصة الشائعة أو المفرزة . وهكذا أما اذا وقع التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة . فان كلا منهم يستحق بقدر نصيبه فى الملكية. الا فى حالة الجيران فيفضل من بينهم الجار الذى تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره . وأخيرا اذا كان المشترى أحد الشفعاء فهو يفضل على الشفعاء الذين من طبقته أو طبقة أدنى . ويتقدمه الشفعاء الذين من طبقة أعلى .

ويشترط فى الشفيع أن يكون مالكا وقت البيع . فاذا كان قد كسب الملكية بعد البيع أو كان قد فقدها قبل البيع . فلا تجوز له الشفعة . ويجب أن يبقى مالكا حتى يثبت العقار المشفوع فيه بالتراضى أو بالتقاضى فالمالك تحت شرط واقف لا تجوز له الشفعة بعكس المالك تحت شرط فاسخ فتجوز له ويجب ألا يكون الشفيع ممنوعا قانونا من الأخذ بالشفعة فلا يجوز لمن ينوب عن غيره باتفاق أو بنص أو حكم قضائى أن يشترى لنفسه ماكلف ببيعه . ويسقط الحق فى طلب الشفعة الى

---

(٣٥) يلجأ الجار البائع أحيانا الى حيلة لمنع الشفعة فيبيع أرضه للمشترى عدا شريطا عرضه بضعة سنتيمترات من جهة الجيران يحتفظ بملكيته . فلا يستطيعون الأخذ بالشفعة لأن الجوار قد انعدم ثم يهب هذا الشريط للمشترى فيمتنع الشفعة لأن الهبة لا تجوز فيها الشفعة بعد بيع . وهذه الحيلة معروفة فى بعض البلاد كمصر وتونس

الورثة لأنه من الخيارات • ولا تجوز الشفعة اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية • ولا تجوز الشفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة ، ولا تجوز اذا كان البيع من البيوع الجبرية التى تجرى بالمزاد بواسطة الادارة أو القضاء ، ولكن تجوز اذا تم البيع بالمزاد بواسطة المالك نفسه •

وتسقط الشفعة بتنازل الشفيع عن طلبها ولو قبل البيع ، كما تسقط بعدم اعلانه الرغبة فى الميعاد (١٥ يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه اليه البائع أو المشترى مع اضافة ميعاد المسافة) وبعدم ايداعه الثمن فى الميعاد (خلال ٣٠ يوما من تاريخ اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى) وبعدم رفع الدعوى وقيدها فى الميعاد (خلال ٣٠ يوما على الأكثر من اعلان الرغبة) وبانقضاء أربعة أشهر على تاريخ تسجيل البيع وبمضى ١٥ سنة على البيع غير المسجل وبزوال ملكية الشفيع قبل الحكم بالشفعة ويسرى السقوط فى حق ناقصى الأهلية والغائب •

ويترتب على الأخذ بالشفعة انتقال الملكية الى الشفيع من تاريخ الحكم النهائى الصادر بها (وهو سند ملكية الشفيع) ومن وقت تسجيله • ويحل الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته • واذا استحق العقار للغير بعد الأخذ بالشفعة فان الشفيع يرجع على البائع لا على المشترى •

٥٨ ــ الشفعة فى القانون المغربى : يحصر التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب حق الأخذ بالشفعة على حالة الملكية الشائعة ، ولهذا السبب ، فاننا لم نبق بحثها الى بحثنا لأسباب كسب الملكية بل أدخلناها فى موضعها الطبيعى وهو بحثنا للملكية الشائعة •

ويعرف المشرع المغربي حق الشفعة فى الفصل الخامس والعشرين من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بقوله « الشفعة هى الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياع عقارات أو حقوقا عينية عقارية فى أن يأخذ الحصة المبيعة بـدلا من مشتريها بعـد أدائه المبلغ المؤدى فى شرائها ، وكذلك مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد »[٣٦] .

ولا يقصر هذا النص حق الأخذ بالشفعة على حالة الشيوع فى الملكية بل يسمح به فى حالة الشيوع فى الحقوق العينية العقارية الأخرى فتجوز فى حق الانتفاع والاستعمال والسكنى والسطحية والارتفاق والكراء طويل الأمد (التنازل عنه) وفى الحقوق العرفية الاسـلامية المنصوص عليها فى الفصل الثامن من نفس التشريع على أن سند الحقوق الغرض فيها انها حقوق عينية اصلية . اما الحقوق العينية التبعية فلا يجوز الأخذ بالشفعة فيها لأنها لا تتقرر لذاتها بل بالتبعية لحقوق شخصية وتنقضى بانقضاء الحق الشخصى .

وعند الأخذ بالشفعة فى العقار يمارس هذا الحق على نفس العقار من طرف جميع الشركاء كل بقدر نصيبه فإن تنازل البعض عنهم ، فان هذا الحق يمارسه الباقون بقدر حصصهم (الفصل ٣٠) وهذا الحكم متفق مع حكم القانون المصرى كما رأينا وبنفس هذه النسبة (مقدار النصيب فى الملكية) يأخذ الشركاء فى الحقوق العينية الأخرى كالانتفاع ، فالفصل

---

(٣٦) ينطبق هذا النص على العقارات المحفظة لأنه وارد فى التشريع المطبق عليها ، اما العقارات الملك فينطبق عليها نظام الشفعة المنصوص عليه فى تقنين الالتزامات والعقود فى باب البيع . الخاص بالمنقول وسنعرض له فى المتن

٢٧ ينص على انه : « وتمارس الشفعة بنفس الشروط من طرف الشركاء فى حق عينى عقارى » •

ولا شك فى ان الشفعة يمكن اعمالها عندما يكون البيع صادرا الى اجنبى عن الشركاء فى الشيوع ، اما اذا كان البيع صـــادرا الى احد الشركاء ، فنهاك رأى يذهب فى القانون المغربى الى انه لا يجوز للشركاء الأخذ بالشفعة من الشريك المشترى • وذلك استنادا الى ان الفصل ٩٧٤ من تقنين الالتزامات والعقود ، والفصل ٢٥ من تشريع ١٩ رجب المطبق على العقارات المحفظة « نصا صراحة على ان الشفعة تثبت اذا باع أحد الشركاء الاجنبى حصته الشائعة » (٣٧) •

وبالرجوع الى هذه النصوص ، نجد ان النص الذى يشير اليه هذا الرأى هو نص الفصل ٩٧٤ التزامات وعقود . اما الفصل ٢٥ من تشريع ١٩ رجب المطبق على العقارات المحفظة . فلم نجد فيه على الاطلاق ما يشير الى أن يكون البيع الأجنبى (وقد تقدم هذا النص بكامله) وعلى ذلك فانه لا محل لسحب حكم تقنين الالتزامات والعقود على العقارات المحفظة لأربعة اسباب :

أولا : انه اذا أمكن تعميم حكم تقنين الالتزامات والعقود فى حالة عدم وجود نص فى تشريع العقارات المحفظة . فان ذلك لا يمكن اذا وجد هذا النص ، والحالة امامنا يوجد نص يحكمها . فلا وجه لطرحه واقتباس غيره •

ثانيا : ان القاعدة ان النص الخاص يخصص النص العام . وعلى ذلك فان القاعـــدة الواردة فى تقنين الالتزامات والعقود وهى قاعدة عامة

---

(٣٧) الكزبرى : ص ١٠٧

يخصصها فى مجال العقارات المحفظة الفصـــل ٢٥ من تشريع العقارات المحفظة ولذلك فالنص الخاص اولى بالتطبيق •

ثالثا : ان القاعدة ايضا أن النص اللاحق يلغى السابق . ومن الثابت آن تقنين الالتزامات والعقود قد صدر عام ١٩١٣ بينما تشريع العقارات المحفظة قد صدر عام ١٩١٥ فهو لا حق عليه . ويعتبر بالتالى ناسخا لحكم تقنين الالتزامات والعقود فى جزئية معينة هى حق الشفعة فى العقار المحفظ فهو لا يتقيد بأن يكون المشترى من الشريك أجنبيا عن الشـيوع لأن المشرع لم يقيده بذلك . وكان فى وسعه ان يقيده كما فعـل فى تقنين الالتزامات والعقود لو انه اراد وضع مثل هذا القيد •

رابعا : ان الفصل ٢٩ من تشريع العقارات المحفظة صريح فى ان كل شريك فى الملك اشترى من شريك آخر جزءا من العقار . يكون له ــ اذا طلب الشركاء الآخرون الشفعة ــ ان يأخذ معهم بالشفعة بقدر نصيبه فى الملكية قبل الشراء ومعنى هذا ان المشرع كان واضحا فى اعتباره أن الشريك يمكن ان يشترى حصصا فى العقار . ثم يشفع فيها باقى الشركاء فتوزع الحصة المشفوع فيها بينه وبينهم بحسب انصبتهم فى ملكية العقار •

ويشترط فيمن يشفع فى الحصة المبيعة ان يكون مالكا لحصة فى نفس المال الشائع . وان تكون ملكيته سابقة على بيع الحصة . فمن يتملك فى الشيوع بعد بيع حصة شائعة لا يستطيع ان يشفع فيها • ويأخذ كل شريك شفيع جزءا من الحصة المبيعة بقدر نصيبه فى الملكية . فاذا كان الشفعاء شريكان يملك احدهما النصف والآخر الربع أخذ الاول ثلثى الحصة المبيعة والثانى ثلثها • واذ تغير نصيب أحد الشركاء بعد البيع عما كان عليه فنستطيع ان نتصور فى هذه الحالة ثلاثة فروض : الفرض الأول ان يرث احد الشركاء شريكا آخر فيزيد نصيبه بعد البيع بسبب

الارث وعندئذ ليس له أن يأخذ الا بنسبة حصته السابقة على البيع • والفرض الثانى : ان ينقص نصيب الشريك بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة بسبب هبته مثلا جزءا من حصته الشائعة ، وهنا لا يكون له أن يأخذ الا بنسبة حصته الباقية له• والفرض الثالث أن تزول ملكية الشريك بعدالبيع بسبب هبته حصته او تصرفه فيها بطريق آخر ، وهنا لا يكون له ان يأخذ بالشفعة اطلاقا • وهذه الاحكام يمكن استخلاصها من نص الفصل ٣٩ من تشريع العقارات المحفظة « كل شريك فى الملك يشترى جزءا من العقار يصبح مشاركا فى ممارسة الأخذ بالشفعة كغيره من باقى الشركاء بقدر الحصة التى كان يملكها قبل الشراء » • وكذا الفصل ٢٦ من نفس التشريع ونصه : « يمارس هذا الحق على نفس العقار من طرف جميع الشركاء كل بقدر نصيبه فان تنازل البعض منهم فان هذا الحق يمارسه الباقون بقدر حصصهم » •

ويشترط فى الشفيع الا يكون ممنوعا من الأخذ بالشفعة بنص فى القانون وهذا الشرط يجب الأخذ به رغم ان المشرع لم ينص عليه . لأن النصوص التى تمنع شخصا من اجراء تصرف معين تكون نصوصا آمرة ولا تجوز مخالفتها •

وقد يقع تزاحم بين الشفعاء من اصحاب الحقوق المختلفة فىممارسة الشفعة وقد نص المشرع على حكم هذا التزاحم فى الفصل الثلاثين من تشريع العقارات المحفظة فقال : « ان حقوق الاولية فى ممارسة الشفعة يبقى العمل جاريا بها بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية » وعلى ذلك فانه يتعين النظر فى احكام الشريعة الاسلامية خاصة المذهب المالكى ـ المتعلقة بتفضيل شفيع على آخر لفض التزاحم بينهم •

واحكام الشريعة الاسلامية توجب فى هذه الحالة تقسيم الشفعاء الى مراتب أربع فى كل مرتبة مجموعة من الشفعاء الذين يتساوون فى حق الأخذ بالشفعة ، وتفضل كل مجموعة على المجموعات التالية لها ، وتفضل عليها المجموعة الأسبق منها . فالاصل . اذن انه لا يجوز للابعد ان يأخذ بالشفعة حتى يوقف الاقرب على الأخذ او الترك (٣٨) والمراتب الأربع هى ذوو العرض — دوو العصبة — الموصى لهم — الأجانب .

فاذا كانت هناك دار مملوكة مناصفة بين رجلين فمات احدهما عن زوجتين وابنتين واخوين واوصى بثلث نصفه لرجلين فاذا باعت احدى الزوجتين (وهما شريكتان فى الثمن فرضا) كانت الزوجة الأخرى أحق بالشفعة ممن سواها . واذا باعت احدى البنتين فالبنت الأخرى أحق بنصيبها . فاذا لم ترغب الزوجة الثانية فى الأخذ بالشفعة كانت الشفعة للبنتين والاخوين على قدر الانصباء . دون الموصى لهما . فاذا باع أحد الاخوين . فالشفعة للاخ الآخر وللزوجتين والبنتين . واذا ماتت احدى البنتين او احد الاخوين عن ثلاثة اولاد مثلا فباع احد الاولاد فان الولدين الباقين أحق بالشفعة . واذا باع احد الموصى لهما دخل مع الباقى منهما الزوجتان والبنتان والاخوان . وهكذا (٣٩) .

وتتلخص اجراءات الشفعة فى العقار المحفظ فى انه يجب ان يتم قيد البيع فى سجلات التحفيظ العقارى . ثم يقوم المشترى بتبليغه الى كل من له حق فى الشفعة ولكل من هؤلاء الحق فى طلب الشفعة خلال ثلاثة ايام من تاريخ التبليغ مضافا اليها ميعاد المسافة . فاذا لم يقم المشترى بتبليغهم وكان الشركاء الآخرون حاضرين عند البيع ، فلهم طلب الشفعة

---

(٣٩) البهجة فى شرح التحفة : جـ ٢ — ص ١١٥ — ص ١١٦ .

(٣٩) البهجة فى شرح التحفة : جـ ٢ — ص ١١٥ — ص ١١٦ .

خلال شهرين من تاريخ العقد ، وفى الاحوال الأخرى اى اذا لم يبلغوا ولم يحضروا البيع ، ينقضى حقهم فى طلب الشفعة بمضى سنة من تاريخ تقييد البيع ، وعلى الشفيع ان يؤدى الى المشترى الثمن الذى دفعه وقيمة ما ادخله من تحسينات على العقار وقيمة المصاريف اللازمة للعقد ويجب دائما عدم تجزئة البيع على البائع فلا تجوز الشفعة فى جزء من المبيع بل يجب لمن يريدون الأخذ بالشفعة ان يأخذوا الحصة او الحصص المبيعة كلها حتى لاتفوت على البائع مصلحة فى المبيع . وقد نصت على هذه الأحكام الفصول من ٣١ الى ٣٤ فالفصل ٣١ ينص على : ان المشترى يمكنه بعد تقييد شرائه ان يبلغه لكل من له حق الشفعة ويسقط حق هذا الاخير ان لم يمارسه داخل ثلاثة أيام من تاريخ هذا التبليغ تضاف اليها آجال المسافة » . وينص الفصل ٣٢ على انه : « وفى حالة ما اذا لم يقم المشترى بهذا التبليغ فان حق الشفعة يتقادم بمضى شهرين ابتداء من تاريخ العقد ان حرر بمحضر الشركاء وفى جميع الاحوال بمضى سنة واحدة ابتداء من تاريخ تقييد المبيع ان لم يحضره الشركاء » وينص الفصل ٣٤ على انه : « يجب الأخذ بالشفعة فى مجموع الحصص المبيعة على الشياع لا فى جزء منها » . اما الفصل الثالث والثلاثون فينص على عدم جواز التنازل عن حق الأخذ بالشفعة قبل ثبوته فيقول : « لا يمكن للشركاء فى الملك ان يتنازلوا عن حقهم فى الشفعة قبل تسجيل الشراء بالكناش العقارى والا كان تنازلهم باطلا » .

وواضح مما تقدم ان التصرفات التى تجيز الشفعة فى العقار المحفظ هى البيع وحده . اما اذا كان التصرف غير ذلك كمقايضة او هبة او وصية أو رهن فلا شفعة .

والنظام الذى بسطناه فيما تقدم هو نظام العقارات المحفظة : اما العقارات غير المحفظة والمنقولات عامة، فهى تخضع لاحكام تقنين الالتزامات

والعقود الخاصة بالشفعة فى التصرف فى الملك الشائع وهذه الأحكام واردة فى الفصول ٩٧٤ — ٩٧٦ من ذلك التقنين ، ونصوصها هى :

الفصل ٩٧٤ : « اذا باع احد المالكين على الشياع لأجنبى حصته الشائعة ، جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم ، فى مقابل ان يدفعوا للمشترى الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التى انفقها منذ البيع ؛ ويسرى نفس الحكم فى حالة الوصية » .

الفصل ٩٧٥ : « لا تكون الشفعة فقط فى الحصة المبيعة من المالك على الشياع ، ولكنها تمتد ايضا بقوة القانون الى ما يدخل فى هذه الحصة باعتباره من توابعها ويجوز ان تكون الشفعة فى توابع الحصة الشائعة وحدها ، اذا بيعت مستقلة عنها » .

الفصل ٩٧٦ : « يسقط حق المالك على الشياع فى الأخذ بالشفعة بعد مضى سنة من علمه بالبيع الحاصل من المالك معه ، ما لم يثبت ان عائقا مشروعا قد منعه منها كالاكراه . ويسرى هذا الاجل حتى على القاصرين متى كان لهم نائب قانونى » .

ويتلخص نظام الشفعة فى المنقول والعقار غير المحفظ على ضــوء هذه النصوص فى انها تجوز عند بيع حصة فى ملك شائع الى اجنبى عن المالكين على الشيوع ، فيمكن لهؤلاء ان يشفعوا فى هذه الحصة المبيعة مقابل اداء الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة الى المشترى . وتختلف الشفعة هنا عن حالة العقار المحفظ فى ان التحسينات أيضا يستحق المشترى قيمتها زيادة على المصروفات الضرورية والنافعة . ويأخذ كل شريك بنسبة حصته فى الملكية الشائعة . فاذا امتنع البعض عن الأخذ بالشفعة كان على الباقين اخذ الحصة كاملة وتقسم عليهم بنسبة

حصصهم • ويجب ان يتم دفع القيمة المشار اليها الى المشترى خلال ثلاثة أيام ، والا سقط حق الشفعة •

وكما تجوز الشفعة فى حالة البيع تجوز فى حالة المعارضة اى المقايضة على ان الثمن فى هذه الحالة لا يكون محددا نقدا ، ولذلك يتعين الاتفاق عليه بين الشفيع والبائع ، فان لم يتفقا وجب الالتجاء الى القاضى ليحدد الثمن الذى يدفع ، وقد يدعو الامر الى الاستعانة بخبراء لهذا الغرض •

وتمتد الشفعة الى توابع الحصة المبيعة • كما لو كانت هناك عقارات بالتخصيص تابعة للحصة المبيعة ، غير ان هذه التوابع اذا بيعت مستقلة عن الحصة تجوز الشفعة فيها •

ويلاحظ ان اجل الثلاثة الايام الذى سبق ذكره هو أجل لسداد الثمن وتوابعه يحسب من تاريخ طلب الشفعة اما طلب الشفعة ذاته فمدته سنة من تاريخ علم الشفيع بالبيع ، فاذا أثبت ان هناك عائقا مشروعا حال بينه وبين طلب الشفيعة ، كالاكراه ، كان له ان يأخذ بها ولو بعد فوات السنة من تاريخ البيع اذ لا يسرى الميعاد بالنسبة اليه الا من وقت زوال الاكراه •

هكذا نرى ان هناك ازدواجا فى نظام الشفعة فى القانون المغربى : الشفعة فى العقار المحفظ le droit de préemption والشفعة فى العقار غير المحفظ وفى المنقول le droit de chefaa وفى كلا النظامين لا تجوز الشفعة فى حالة التصرف تبرعا ، ولذلك كثيرا ما يلجأ الأطراف الى صب تصرفهم فى صورة عقد من العقود التبرعية كالهبة وهنا يجوز للشفيع أن يثبت أن حقيقة التصرف معاوضة لا تبرع ، وهو يستطيع أن يثبت ذلك بكافة الطرق لان العقد بالنسبة اليه واقعة مادية لا تصرف قانونى • فاذا نجح فى اثبات الصورية كان له الأخذ بالشفعة ولكن حتى

لا يعتبر الشفيع متخلفا عن اداء الثمن والمصروفات يجدر به ايداعها فى خزانة المحكمة الى ان تنجح دعواه .

اما اذا كان التصرف الظاهر معاوضة . فان المشفوع منه لا يستطيع أن يثبت ان حقيقته تبرع . وبذلك يستطيع الشركاء الأخذ منه بالشفعة .

المطلب الرابع

قسمة المال الشائع

٥٩ ــ يمكن ان تنقضى حالة الشيوع بهلاك المال الشائع ، أو باجتماع حصص الملاك المشتاعين **les coindivisaires** فى يد شخص واحد بارث او تصرف ولكن هذه الحالات ليست مقصودة لانهاء حالة الشيوع فى ذاتها . لأنها قد تقع رغم ارادة الشركاء كما فى الهلاك والارث.

ولكن انهاء حالة الشيوع قصدا . غالبا ما يأتى عن طريق قسمة المال الشائع .

٦٠ ــ انواع القسمة : القسمة قد تكون مؤقتة **partage provisionnel** وقد تكون نهائية **partage definitif** فالقسمة المؤقتة هى قسمة المهايأة المكانية او الزمانية وقد سبق أن تحدثنا عنها اما القسمة النهائية فهى قسمة ملك لا قسمة انتفاع . وهى التى سنتناولها بالبحث المفصل فى هذا الموضوع .

والقسمة مؤقتة أو نهائية تختلف عن القسمة غير الباتة **provisoire** وهى قسمة نهائية معلقة على شرط واقف أو فاسخ فاذا كانت معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط زالت القسمة بأثر رجعى ، وان كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط زالت بأثر رجعى كذلك .

والقسمة النهائية قد تكون اتفاقية conventionnel أو قضائية judiciaire اى باتفاق الشركاء او عن طريق المحكمة • وقد تكون قسمة كلية او جزئية partage total ou partie فالكلية تعنى قسمة جميع المال الشائع بين الشركاء ، والجزئية تعنى اما قسمة جزء من الأموال الشائعة بين الشركاء ، أو افراز حصة شريك منهم ليخرج من حالة الشيوع وحده مع بقائها قائمة بين الباقين •

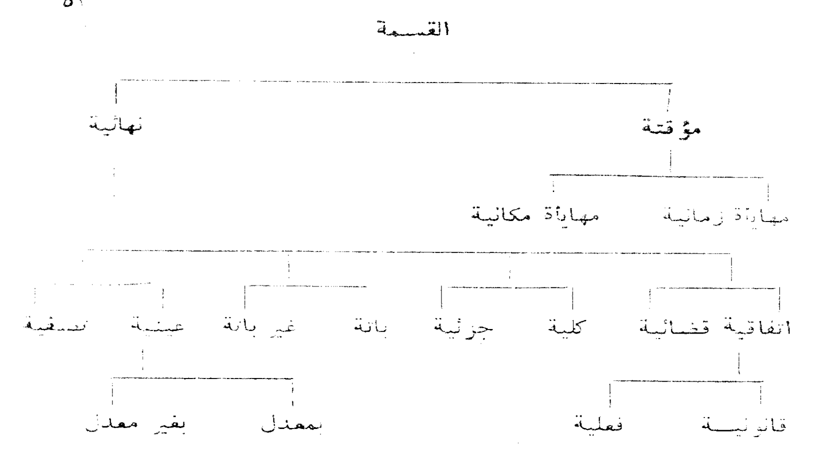
والقسمة النهائية قد تكون قسمة عينية partage en nature أو قسمة تصفية partage par licitation ويقصد بالقسمة العينية ان تقسم الأموال الشائعة عينا بين الشركاء بافراز حصة كل شريك امـــا بطريق التجنيب attribution واما بطريق القرعة tirage au sort فاذا لم يتيسر جعل الحصص المفرزة مطابقة للانصبة فى الملكية ، فان الشريك الذى ينال حصة أكبر مما له،ويكوّن عليه أن يدفع مبلغا نقديا الى الشريك الذى قلت حصته المفرزة عن نصيبه فى الملكية ، وتسمى القسمة هنـــا قسمة عينية بمعدل اما قسمة التصفية فتكون ببيع المال الشائع فى المزاد وتقسيم ثمنه على الشركاء بحسب انصبتهم ويقع ذلك عادة عندما تتعذر قسمة المال عينا او بمعدل • وقد تقتصر المزايدة على الشركاء انفســهم فتبقى القسمة قسمة تصفية ، وقد يشركون فيها اجانب عن الشـــيوع فتكون بيعا بالمزاد صادرا من الشركاء الى الراسى عليه المزاد[٤٠] •

وقد يقوم كل من الشركاء بالتصرف فى جزء مفرز من المال مساو لحصته فتعتبر هذه قسمة فعلية وتعتبر نوعا من القسمة الاتفاقية فهى اتفاق ضمنى • واذا كان الشركاء متفقين على مهايأة انقلبت (بمضي ١٥

---

(٤٠) السنهورى : فقرة ٥٣٨ ـ ٨٨٨ وما بعدها : الكزبرى : ص ١١٨ ـ ١٢٦ •

سنة فى القانون المصرى) قسمة نهائية . فهى قسمة قانونية فأنواع القسمة تتلخص فيما يلى :



٦١ ــ الاتفاق على البقاء فى الشيوع : تنص المادة ٨٣٤ مدنى مصرى على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، مالم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه »[41].

---

(٤١) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلى من النصوص : فى القانون السورى المادة ٧٨٨ مدنى مطابقة فى القانون الليبى المادة ٨٤٣ مدنى مطابقة ، فى القانون العراقى المادة ١٠٧٠ موافقة فى القانون اللبنانى : تنص المادة ٨٤٠ من تقنين الموجبات والعقود على انه : « لا يجبر احد على البقاء فى الشيوع فلكل شريك ان يطلب القسمة ، وكل نص مخالف يكون باطلا » وتنص المادة ٨٤١ على انه : « ومع ذلك يجوز الاتفاق على ان الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة الا بعد انصرام مدة

وفى القانون المغربى ينص الفصل ٩٧٨ من تقنين الالتزامات والعقود على انه : « لا يجبر احد على البقاء فى الشياع ، ويسوغ دائما لاى واحد من المالكين ان يطلب القسمة ، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر» وينص الفصل ٩٧٩ على انه : « ويجوز مع ذلك الاتفاق على انه لا يسوغ لأى واحد من المالكين طلب القسمة خلال أجل محدد ، أو قبل توجيه اعلام سابق ، الا انه يمكن للمحكمة حتى فى هذه الحالة أن تأمر بحل الشياع وباجراء القسمة ان كان لذلك مبرر معتبر » .

لا يجوز أن يبرم اتفاق على الاستمرار فى الملكية الشائعة الى مالا نهاية فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا ، وينص القانون على الاحتفاظ بحرية الشريك فى انهاء الشيوع . ولكن الاتفاق على البقاء فى الشيوع يمكن ان يكون لمدة معينة ، حددتها القوانين العربية والقانون الفرنسى بخمس سنين كحد اقصى لا تجوز الزيادة عليه وان كان يجوز تجديد المدة عند انتهائها أو قبله أما القانون المغربى فلم يضع مثل هذا التجديد . ومثل هذا الاتفاق يعتبر عملا من اعمال الادارة فلا تلزم فيه اهلية التصرف بل تكفى أهلية الادارة ، فالقاصر المأذون فى الادارة يمكنه ابرام اتفاق على البقاء فى الشيوع مدة معينة . ويمكن ألا يكون الاتفاق على مدة معينة وانما يكون على وجوب توجيه اعلام سابق من الشريك الـــذى يريد الخروج من الشيوع الى باقى الشركاء . ويعتبر هذا من قبيـــل تأقيت الشيوع كذلك .

على أن القانون المغربى يسمح عند الارتباط بمدة معينة للبقاء فى

معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الاكثر على ان المحكمة يجوز لها ، حتى فى هذه الحالة ان تامر بحل الشركة وبالقسمة فى اثنـاء المـدة المتفق عليها لاستمرار الشيوع » .

الشيوع ان يلجأ الشريك الى المحكمة لتأمر بحله وباجراء القسمة اذا كانت هناك مبررات لذلك . وهذا هو أيضا حكم القانون اللبنانى .

وقد كان مشروع التقنين المدنى المصرى يتضمن حكما مماثلا الا انه حذف عندمراجعته فى البرلمان توخيا لاستقرار التعامل (٤٢) .

ويمكن ان يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع بين جميع الشركاء كما يمكن ان يكون بين بعضهم فقط . وعندئذ لا يرتبط الباقون ويمكنهم طلب القسمة . فى أى وقت (٤٣) .

وتدعو الشركاء الى البقاء فى الشيوع مدة معينة اعتبارات مختلفة. فقد يكون من بينهم غائب ينتظرون قدومه . او لديهم مشروع لاستغلال الملك الشائع يريدون السير فيه مدة معينة . وقد يكون فيهم قاصر يسبب وضعه تعقيدا فىاجراءات القسمة فيتفقون معوليه أو وصية علىالاستمرار فى الشيوع حتى يرشد (٤٤) .

٦٢ ــ القسمة الاتفاقية : يجرى حكم المادة ٨٨٥ مدنى مصرى بأن « للشركاء اذا انعقد اجماعهم ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الاجراءاتالتى يفرضها القانون » (٤٥)

(٤٢ و ٤٣) السنهورى . فقرة ــ ٥٣٧ ــ ص ٨٨٢ ــ ص ٨٨٨ .

(٤٤) السنهورى . نفس الموضع السابق

(٤٥) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الاخرى ما يلى من النصوص : فى القانون السورى : المادة ٧٨٩ مدنى مطابقة . فى القانون الليبى : المادة ٨٤٤ مدنى مطابقة . فى القانون العراقى : المادة ١٠٧١ مدنى موافقة للنص وتنص على انه ١ ــ للشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التى يرونها .

اما فى القانون المغربى فينص الفصل ١٠٦٤ على ان : « القسمة بين الراشدين المتمتعين بأهلية مباشرة حقوقهم من شركاء ومالكين على الشياع تحصل بالطريقة المبينة فى السند المنشىء او باية طريقة اخرى يرونها ، مالم يقرروا بالاجماع الالتجاء الى التصفية قبل اجراء أية قسمة • » وينص الفصل ١٠٨٣ : « اذا تمت التصفية فى الحالات المذكورة فى الفصول السابقة وفى غيرها من الحالات الأخرى التى تلزم فيها قسمة اموال الشركة يحق للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف فى حقوقهم أن يجروا القسمة على الوجه الذى يرونه بشرط ان ينعقد اجماعهم عليها • وللشركاء جميعا حتى من لم يشترك فى الادارة منهم ان يشتركوا مباشرة فى اجراء القسمة »•

ويبين لنا من هذه المواد ، ان الشركاء اذا كانوا بالغين سن الرشد ، لهم اجراء القسمة بالاتفاق فيما بينهم . فاذا لم يتفقوا جميعا ، يمكن أن يتفق عدد منهم ، ويلتزمون باتفاقهم . ويعتبر اتفاقهم ايجابا موجها الى الباقين • فان قبلوه التزموا به وللشركاء ان يختاروا نوع القسمة وطريقتها الا اذا كانوا قد عينوا كيفية القسمة فى السند المنشىء للملكية الشائعة فانهم يلتزمون بها • ولهم تغييرها باجماع آرائهم ، اذ لا يجوز بالأغلبية تعديل ما جاء فى سند الملكية وليست القسمة منوطة فقط بالشركاء الذين كانوا يتولون الادارة ، بل هى من حق الجميع ولهم أن يشاركوا فيها •

---

٢ ــ لا تتم القسمة الرضائية فى العقار الا بالتسجيل فى دائرة الطابو

٣ ــ لدائني كل شريك ان يطعنوا فى القسمة اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم » . فى القانون اللبنانى : المادة ٩٢٢ من تقنين الموجبات والعقود تنص على ان : « تجرى القسمة بين الشركاء فى شركات العقد او الملك اذا كانوا راشدين او الطريقة التى يتفقون عليها الا اذا قرروا بالاجماع اجراء التصفية قبل كل قسمة » . والمشرع اللبنانى « فى حالة المحجور والقاصر يقتصر على بسط رقابة المحكمة رقابة لاحقة للقسمة ، اما فى القانون المصرى فالرقابة سابقة ولاحقة . وفى القانون اللبنانى تشمل الرقابة الولى والوصى ولا تشمل فى القانون المصرى الا الوصى » انظر السنهورى • ص ٨٩٢ ــ هامش رقم ١ ..

ما اذا وجد قاصر او محجور عليه او غائب بين الشركاء . فان القسمة بالنسبة الى هؤلاء تعتبر من أعمال التصرف فيمتنع عليهم القيام بها ويجب في القانون المصري ان يقوم نائبهم القانوني باستئذان المحكمة في القسمة فان اذنت وتمت القسمة وجب عرضها مرة ثانية على المحكمة لانفاذها بعد التحقق من عدالتها .

والقسمة باعتبارها اتفاقا هنا . يجب ان تتوافر لها كل اركان العقود من الرضى والمحل والسبب والأهليه . ويجوز الطعن فيها بالبطلان لنقص الاهليه او لعيب من عيوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه . غير ان للغبن في القسمة حكما مستقلا نبينه في الفقرة التالية

٦٣ ـ الطعن في القسمة بالغبن : نصت المادة ٨٤٥ مدني مصري على انه « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . ٢ ـ ويجب ان ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه ان يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من حصته »[46] .

---

٤٦ ـ تقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية الأخرى ما يلي من النصوص : في القانون السوري المادة ٧٩٩ مدني مطابقة . وفي القانون الليبي المادة ٨٤٩ مدني مطابقة . وفي القانون العراقي المادة ١٠٧٧ مدني تنص على انه « ١ ـ يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي . اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش . ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة . وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا كمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته . ٢ ـ ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقارات » ويختلف القانون العراقي عن المصري في ان مقدار الغبن في [illegible] فترفع الدعوى بعد سنة

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٠٨٩ من تقنين الالتزامات والعقود على أن : « القسمة سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية لا يجوز ابطالها الا للغلط او الاكراه او التدليس او الغبن » وينص الفصل ١٠٩١ على أن « أبطال القسمة لسبب من الأسباب التى يقررها القانون يقتضى اعادة المتقاسمين الى الوضع القانونى او الفعلى الذى كانوا عليه عند اجرائها مع عدم الاخلال بما اكتسبه الغير الحسن النية من حقوق على وجه قانونى سليم عن طريق المعارضة — ولا يسوغ أبطال القسمة الا للاسباب التى تعيب الرضى كالاكراه او الغلط او التدليس او الغبن ويجب رفع دعوى الابطال خلال سنة من وقت تمام القسمة فان انقضى هذا الأجل كانت الدعوى غير مقبولة • — ولا يكون للابطال بسبب الغبن محل الا فى الحالة المنصوص عليها فى الفصل ٥٦ » •

اشهر اما فى القانون اللبنانى : فتنص المادة ٩٤٧ من تقنين الموجبات والعقود على إنه لا يجوز ابطال القسمة سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية الا بسبب الفلط أو الاكراه او الخداع او الغبن » وتنص المادة ٩٤٩ على ان ابطال القسمة للاسباب التى عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين الى الحال التى كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة مع مراعاة الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفاقا للاصول او مقابل بدل — ويجب ان تقام دعوى الابطال فى السنة التى تلى القسمة ولا تقبل بعد انقضائها » . وتنص المادة ٢١٤ على « ان الفبن لا يفسد فى الأساس رضا المغبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان فى الأحوال الآتية : اولا : اذا كان المغبون قاصرا. ثانيا اذا كان المغبون راشدا وكان للفبن خاصتان : الأولى أن يكون فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق او طيش او عدم خبرة المغبون ويمكن الى الدرجة المبينة فيما تقدم ابطال عقود الغرز نفسها بسبب الغبن » . والقانون اللبنانى لا يجيز نقض القسمة للغبن الا اذا كان الشريك قاصرا ، اما اذا كان بالغا فيشترط لنقض القسمة ان يكون الغبن فاحشا وان يكون قد استغل فى الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة . وترفع دعوى الغبن فى القسمة فى خلال سنة من تمامها » . انظر السنهورى ، ص ٩٠٠ هامش رقم ٢ .

عرفنا ان القسمة الاتفاقية باعتبارها اتفاقا يجب ان تتوافر فيها اركان الاتفاقات فان تخلف شيء منها امكن الطعن فى القسمة وابطالها غير ان الاسباب التى تبرر البطلان ، قد اختلفت فى تحديدها التشريعات .

فالقانون المصرى يجيز الطعن للاسباب التى تبطل من اجلها العقود عامة :- كعدم توافق الايجاب والقبول . او انعدام الارادة ، أو نقص الأهلية او وجود عيب من عيوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال وعدم مشروعية السبب ، ومخالفة المحل للنظام العام والآداب كما لو قدم احد المتقاسمين كمية من المخدرات تكملة لحصة ناقصة لاحد الشركاء أما القانون المغربى فقد حدد الاسباب التى يطعن من اجلها فى القسمة فى الفصل ١٠٨٩ وزاد ذلك تأكيدا بتكرارها فى الفصل ١٠٩١ تكرارا لا مبرر له سوى رغبته فى تأكيد المعنى الذى يقصده . وهو قصر ابطال القسمة على أسباب محددة على سبيل الحصر وهى : الغلط والاكراه والتدليس والغبن ، وهى عيوب الرضى . ويترتب على موقف المشرع المغربى وجوب النظر فى غير ذلك من الاسباب : هل يجوز ابطال القسمة بناء عليها ام لا يجوز ؟

نعتقد انه يجب هنا معرفة اساس الحصر الذى لجأ اليه المشرع المغربى . فالمشرع يريد المحافظة على اوضاع بدأت تستقر ونزاع بين الشركاء حول الملكية الشائعة قد تم فضه ، وحقوق للغير يمكن أن تترتب بعد القسمة على كل جزء من المال محل القسمة . لكل هذه الاعتبارات لجأ المشرع المغربى الى استخدام فكرة من الأفكار العـــامة فى نظرية الالتزامات ، يستخدمها المشرعون عند الرغبة فى المحافظة على استقرار التعامل . تلك هى فكرة :- الالتزام المجرد ، وهذه الفكرة يعرفها الفقة عادة بانها هى فصل الالتزام عن سببه . فيكون الالتزام صحيحا بصرف النظر عن كون السبب مشروعا او غير مشروع . او بعبارة اخرى افتراض

ان السبب مشروع ولو كان فى الحقيقة غير دلك • اما معنى التجريد عندنا فهو : منع التمسك ببعض الدفوع فى مواجهة بعض الاشخاص محافظة على استقرار التعامل : فالمشرع يراعي اعتبارات العدالة فيما بين اطراف العقد ، فيشترط سلامة الارادة من العيوب ، ويشترط مشروعية السبب ويشترط اكتمال الادراك ، وكل ذلك استجابة لنداء العدالة فى ضمير المشرع • وهو يحافظ على هذه الفكرة دائما طالما بقى الأمر بين اطراف العقد انفسهم • اما عندما يتعلق الامر بحقوق للغير ترتبت أو قد تترتب وعندما يتعرض استقرار التعامل للاهتزاز او الاضطراب ، فان الاضرار التى تصيب التعامل عندئذ تزيد خطورتها عما ينتاب الارادة الفردية من الم بسبب التخلى عن مراعاة العدالة فى عقد معين • ومن هنا يترك المشرع اعتبار العدالة جانبا ، ويؤكد على اعتبار المحافظة على استقرار التعامل فيستبعد الدفوع المتعلقة بالامور الباطنة او بعضها ويمنع الاحتجاج بها، فيتجرد الالتزام منها ويسمى التزاما مجردا . ويعتبر صحيحا رغم وجود هذه الدفوع ، وقد لا يحدد المشرع الدفوع التى يتجرد منها الالتزام فنجتهد راينا ونحدد هذه الدفوع بانها كل دفع يمس باستقرار التعامل ويمكن ان يعتبر مفاجأة لشخص لم يكن طرفا فى العقد ولم يعلم بما فيه من مثالب • وقد يتولى المشرع بنفسه تحديد هذه الدفوع . فلا اجتهاد عندئذ ، بل نأخذ بتحديد المشرع •

وفيما يتعلق بالقسمة لجأ المشرع المغربى الى ايجاد نوع من الالتزام المجرد يترتب على عقد القسمة ، وحدد بنفسه الدفوع التى يمكن الاحتجاج بها واستبعد بذلك ما سواها،فجرد الالتزام منها•فالدفوع[٤٧] التى يمكن بواسطتها التعرض للقسمة لابطالها هى عيوب الارادة الاربعة

---

(٤٧) كلمة الدفوع هنا لا نقصد بها المعنى المعروف فى قانون المرافعات (قانون المسطرة) وانما نقصد بها أوجه الطعن أو أسبابه .

وحدها الغلط والاكراه والتدليس والغبن . أما عدم مشروعية السبب فلا يجوز الطعن في القسمة بسببه .

بقيت الدفوع المتعلقة بانعدام الارادة او عدم توافقها مع الارادة الأخرى وهذه يمكن الطعن في القسمة استنادا اليها لان المشرع عندما يلجأ الى أسلوب التجريد ، يجرد اتفاقا موجودا من دفوع قد تلحق به ، والغرض في حالات انعدام الارادة وعدم توافق الارادتين وانعدام الأهلية ان الاتفاق لم يوجد اصلا . فهو منعدم أو هو باطل لسبب طبيعي يمنع من وجوده . أما الاتفاق المشوب بعيب من عيوب الارادة فهو عند ابطاله يبطل لسبب قانوني من صنع المشرع . لا لسبب طبيعي يرجع الى طبيعة الأشياء . ولذلك فان تجريده او ابقاءه يكون من فعل المشرع الذي صنعه وكذلك الامر بالنسبة الى عدم المشروعية في السبب فهو من صنع المشرع والمشرع في حالة القسمة قد اختار تجريد الالتزام من عنصر عدم مشروعية السبب . وابقى على دفوع عيوب الارادة قائمة يحتج بها من كانت ارادته معيبة . وهو بذلك لم يمنع الاحتجاج بانعدام الارادة أو بعدم توافق الارادتين او بانعدام الأهلية لان البطلان فيها امر طبيعي لا يستطيع المشرع أن يمنعه فيجوز الاحتجاج بها في عقد القسمة .

بقيت حالة بطلان المحل كما في المثال الذي اوردناه وهو تكملة حصة بمواد مخدرة . وهذه الحالة يجوز التمسك بالبطلان فيها لعدم مشروعية المحل ، ورغم ان عدم المشروعية هنا يرجع الى صنع المشرع لا الى سبب طبيعي ، فان التمسك به يرجع الى ان رضا الاطراف ينصب على محل غير مشروع فيلحقهم سوء النية بالضرورة . والغرض دائما فيمن يتمسك بتجريد الالتزام انه حسن النية . فاذا ثبت في حقه غير ذلك زال عنه هذا الوصف وجاز الاحتجاج في مواجهته بكل دفع .

وخلاصة ما تقدم ان المشرع المغربي قد حصر اسباب الطعن في القسمة في عيوب الارادة الاربعة ويضاف اليها حالات نقص الأهلية وانعدام الارادة (كما لو ثبت ان التوقيع المنسوب الى الشريك على عقد القسمة توقيع مزور) وعدم توافق الارادتين وعدم مشروعية المحل • اما ما سوى ذلك من أوجه الطعن فلا يجوز التمسك به فلا يجوز التمسك بكون السبب في القسمة كان غير مشروع أو بأن عقد القسمة كان صوريا ، أو بانه كانت هناك تحفظات ذهنية او بغير ذلك من الدفوع وقد تحدد ذلك كله طبقا لنظرية الالتزام المجرد التى بسطناها فيما تقدم •

ونفس الاسلوب الذى اتبعه المشرع المغربى فى تجريد الالتزام بالقسمة ، اتبعه المشرع اللبنانى ، اما القوانين المدنية العربية الأخرى فلم تجعل الالتزام بها مجردا بل جعلته مقيدا حسب القواعد العامة •

على ان هناك فارقا اخر بين هذه القوانين العربية (المصرى والسورى والليبى والعراقى) وبين القانونين المغربى واللبنانى وهو انه يجوز فى القانون اللبنانى والقانون المغربى الطعن فى القسمة القضائية والقسمة القانونية بنفس الأسباب التى يطعن بها فى القسمة الاتفاقية وقد تقدم أن القسمة القانونية هى التى تستند الى قسمة مهايأة سابقة اتخذت قرينة على اعتبار الوضع قسمة نهائيةبقوة القانون غير أنهذين المشرعين لم يفحصا عن كيفية تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية وما هى المدة اللازمة لذلك ، بينما حدد المشرع فى القانون المصرى خمس عشرة سنة لهذا التحول •

وفى القوانين العربية غير المغربى واللبنانى (أى المصرى والسورى والعراقى والليبى) لا يجوز الطعن فى القسمة القضائية بسبب عيوب الارادة او غيرها من العيوب ، لأن فى وضع القسمة تحت سلطة القضاء ضمانا كافيا لسلامة الارادة •

وتختلف هذه القوانين الأربعة عن القانونين اللبنانى والمغــربى فى الغبن كسبب لابطال القسمة . فالغبن فى التشريع المصرى والتشريعات المقتبسة عنه ليس الغبن المعتبر عيبا من عيوب الارادة كما فى التشريع المغربى ، وانما هو يقوم على عدم توازن الحصص المقسمة او الموزع ثمنها مع الانصبة الاصلية فى الملكية الشائعة . فاذا بلغ عدم التوازن نقصا يزيد على خمس نصيب الشريك كان ذلك وجها ومبررا لطلب ابطال القسمة (٤٨) . فاذا كان نصيب الشريك الفا فحصل على ما قيمته ثمانمائه عند القسمة فالقسمة صحيحة لان الغبن لا يزيد هنا عن الخمس . بل هو الخمس بالضبط ، اما اذا حصل على ٧٩٩ او أقل تحقق الغبن وجاز له طلب ابطال القسمة . والعبرة ليست بالغبن الذى يزيد على الخمس فى مال واحد من الاموال المقسمة ، بل العبرة بمجموع الاموال المقسمة ، فاذا لم يزد النقص فيها عن الخمس فلا وجه لطلب الابطال . واذا تمت القسمة بعدة عقود متعاقبة ، فليست العبرة بكل عقد على حدة ، بـل بمجموع ما يناله الشريك من العقود مجتمعة . فقد ينصب عقد على مال يزيد غبن الشريك فيه على الخمس بينما يكون ما ناله من العقود التالية مزيلا لهذا الغبن . ولا يهم فى الغبن هنا ان يكون قائما استغلال المتعاقد الاخر لطيش بين أو هوى جامح فى الشريك المغبون ، بل مجرد النقص المادى كاف لطلب الابطال . ولا يمنع هذا من الطعن باستغلال الطيش البين والهوى الجامح ولكن فائدته للشريك اقل من الطعن على اساس الغبن ، لأن الاستغلال يؤدى الى ازالة مازاد على الخمس من النقص اما الغبن فلا بد فيه من قيام الشركاء بتكملة الحصة بأداء الخمس وما زاد

---

(٤٨) اذا تمت القسمة بعقد بيع او مقايضة او صــلح او غير ذلك فينظر اليها باعتبارها قسمة حقيقية ، ويجوز الطعن فيها للغبن . أما اذا تمت بعقد احتمالى مثل اخذ احد الشريكين نصيب الآخر مقــابل ترتيب ايراد مرتب مدى الحياة له ، فلا يجوز الطعن بالغبن لأن هذا العقد احتمالى والاحتمال ينفى الغبن .

عليه نقدا أو عينا، والا حكم بابطال القسمة، مادام الشركاء يرفضون تكملة نصيب المغبون منهم •

وتتفق القوانين العربية فى ان دعوى الابطال يجب ان ترفع خلال السنة التالية لتاريخ القسمة والا كانت غير مقبولة وتحسب السنة هنا بالتقويم الميلادى •

والاطراف فى دعوى ابطال القسمة هم الشريك المغبون مدعيا ، وجميع الشركاء الآخرين مدعى عليهم ، لأن القسمة تمت برضاهم جميعا •

ويترتب على الحكم ابطال عقد القسمة عودة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، فتزول القسمة بأثر رجعى ، وتعود حالة الشيوع فى الملكية ويبقى الشركاء فى الشيوع الى ان يطلب شريك اجراء قسمة اتفاقية او قضائية •

وقد نص المشرع المغربى — ويماثله فى ذلك المشرع اللبنانى — على أن ابطال القسمة لا يمس بحقوق ترتيب للغير حسن النية بطريق المعارضة فاذا ثبت ان الغير كان سيىء النية ، أو ثبت انه كان حسن النية ولكنه تلقى الحق بعمل يعتبر تبرعا ، فان حقه لا ينفذ فى مواجهة سائر الشركاء والمقصود بحسن النية هنا هو الا يعلم الغير بوجه الابطال الذى لحق القسمة ، وينظر فى تقديره الى الوقت الذى تلقى فيه الغير حقه [٤٩] •

اما القانون المصرى فلم يضع مثل هذا الاستثناء لصالح الغير ، ولذلك يتجه الفقه الى عدم جواز تمسك الغير بحقه بعد ابطال القسمة فى

---

(٤٩) وفى هذا مجاراة من المشرع المغربى لمنطقة فى تجريد الالتزام بالقسمة حفاظا على استقرار التعامل والحقوق التى قد تكون ترتبت لصالح الغير •

مواجهة سائر الشركاء . وبذلك تعود الملكية الشائعة خالية من الحقوق التى ترتبت للغير . ويستثنى من ذلك اعمال الادارة فهى تبقى محتفظة بأثرها بعد نقض القسمة (٥٠) .

واذا انقضت مدة السنة ولم يطعن احد فى عقد القسمة بقيت القسمة صحيحة لا يجوز الطعن فيها بعد ذلك . وهذا مقرر فى جميع التشريعات العربية .

غير ان القانون المغربى اضاف استثناء خاصا لحماية ناقص الأهلية فجعل الطعن بالقسمة جائزا حتى بعد مضى السنة استنادا الى الفصل ٥٦ من تقنين الالتزامات والعقود ، ونصه : « الغبن يخول الابطال اذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية ، ولو تعاقد بمعونة وصية أو مساعدة القضائى وفقا للاوضاع التى يحددها القانون ، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر . ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور فى العقد والقيمة الحقيقية للشيء » .

٦٤ ــ القسمة القضائية : تنص المادة ١/٨٣٦ مدنى مصرى على انه : « اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع . فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية »(٥١) .

---

(٥٠) السنهورى ، فقرة ٥٥٠ ــ ص ٩٠٧ .

(٥١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص فى القانون السورى : المادة ١/٧٩٠ مدنى مطابقة وفى القانون الليبى المادة ٨٤٥ مدنى موافقة ، وفى القانون العراقى : المادة ١/١٠٧٢ مدنى موافقة وتزيد انه فى حالة وجود شريك محجور عليه يجب أن تكون القسمة قضائية . وفى القانون اللبنانى: تنص المادة ٩٤٢ من تقنين الموجبات والعقود على انه : « اذا قام نزاع أو كان أحد الشركاء لا يملك حرية التصرف فى حقوقه او كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب فى الخروج من الشيوع ان يطلب من المحكمة اجراء القسمة وفقا للقانون » انظر السنهورى ، ص ٩١٢ بالهامش .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٠٨٤ من تقنين الالتزامات والعقود على انه : « اذا اختلف الشركاء فى اجراء القسمة ، واذا كان احدهم غير متمتع بأهلية لحجر فى حقوقه أو كان غائبا ، كان لمن يريد منهم الخروج من الشياع ان يلجأ الى المحكمة التي تجرى القسمة طبقا للقانون » .

قد لا يتوصل الشركاء الى اتفاق على القسمة ، وتتضارب مصالحهم وبالتالى وجهات نظرهم ، فلا تكون هناك وسيلة للقسمة الا بالالتجاء الى المحكمة لتتولى هى ذلك .

وقد يكون بين الشركاء صغير او محجور او غائب وعندئذ يجب طبقا للقانون المغربى واللبنانى والعراقى ان تتم القسمة عن طريق المحكمة ورغم ان القانون المدنى المصرى لم ينص على ذلك ، الا أن قانون الولاية على المال فى مصر يفرض على النائب القانونى لأى من هؤلاء أن يقوم باستئذان المحكمة فى اجراء القسمة الاتفاقية فان لم تأذن تتم القسمة قضائية ، وان أذنت وجب عليه بعد ذلك أن يعرض اتفاق القسمة الذى توصل اليه على المحكمة فان لم توافق عليه تتم القسمة قضائية ، وبذلك لا يختلف الوضع كثيرا عن القانون المغربى .

ويمكن ان يطلب جميع الشركاء القسمة القضائية ، ويمكن ان يطلبها واحد او أكثر من بينهم . واذا طلب القسمة احد الشركاء فعليه ان يختصم باقى شركائه فيها ليكون الحكم بالقسمة حجة عليهم ، فان لم يفعل امكن لهؤلاء الشركاء ان يتدخلوا فى دعوى القسمة من تلقاء انفسهم كما وان المحكمة تستطيع ان تأمر بادخالهم من تلقاء نفسها[٥٢] .

---

(٥٢) السنهورى ، فقرة ٥٥٥ — ص ٩١٣ .

ويجب اختصام الشريك ولو كانت ملكيته معلقة على شرط واقف أو فاسخ ويمكن للشريك الذى علقت ملكيته على شرط فاسخ أن يرفع دعوى القسمة ، اما الشريك المعلقة ملكيته على شرط واقف فلا يستطيع رفع الدعوى لأنه لا يملك الا القيام بالاعمال التحفظية لحقه وليس منها دعوى القسمة(٥٣) (الفصل ٢٦ التزامات وعقود) .

وللمحكمة ان تتبع الطريقة التى تراها اصلح للقسمة ، مستعينة بالخبراء ان تراءى لها ذلك . فتستطيع ان تجعل القسمة عينية او تصفية وان تحصرها بين الشركاء او باشتراك غيرهم .

٦٥ ـــ تدخل الدائنين فى القسمة : تنص المادة ٨٤٢ مدنى مصرى على ان : ١ ـــ لدائنى كل شريك ان يعارضوا فى ان تتم القسمة عينا . او ان يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ٢ ـــ أما اذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش(٥٤) .

---

(٥٣) السنهورى ، فقرة ٥٥٥ ـــ ص ٩١٤ .

(٥٤) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص : فى القانون الليبى : المادة ٨٤٦ مدنى مطابقة . فى القانون السورى : تنص المادة ٧٩٦ مدنى على أحكام موافقة للنص المصرى ، وتصرح بأن التدخل جائز سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية . فى القانون العراقى : تنص المادة ٣/١٠٧١ على ان : « لدائنى كل شريك أن يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم » .

فى القانون اللبنانى : تنص المادة ٩٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على انه : « يحق لدائنى الشركة أو لدائنى أحد الشركاء المتقاسمين المصاب باعسار أن يعارضوا فى اجراء القسمة او بيع المال المشترك بالمزاد فى غيابهم . ويمكنهم التدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضا طلب ابطال القسمة اذا كانت قد اجريت بالرغم من اعتراضهم » . وتنص المادة ٩٤٤

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٠٨٥ على ان : « لدائنى الشركة ولدائنى كل من المتقاسمين ان كان معسرا أن يتعرضوا لاجراء القسمة عينا وبطريق التصفية بدون حضورهم ولهم ان يتدخلوا فيها على نفقتهم كما أن لهم أن يطلبوا ابطال القسمة التى أجريت برغم تعرضهم » .

وينص الفصل ١٠٨٦ على ان « للمتقاسمين ولأى واحد منهم ان يوقفوا دعوى ابطال القسمة المقامة من احد الدائنين بدفعهم له دينه او بايداعهم المبلغ الذى يطالب به » .

وينص الفصل ١٠٨٧ على ما يلى : « الدائنون الذين استدعوا على وجه قانونى سليم للاشتراك فى القسمة ولكنهم لم يتقدموا الا بعد تمامها ، لا يحق لهم طلب ابطالها . واذا لم يحتفظ بمبلغ كاف للوفاء بديونهم حق لهم أن يباشروا حقوقهم على مالم تتناوله القسمة من الشيء المشترك ان وجد ، فان كانت القسمة قد تناولت الأشياء المشتركة كلها حق لهم ان يباشروا حقوقهم فى مواجهة المتقاسمين فى الحدود التى تقتضيها طبيعة الشركة او الشياع » .

على ان « للشركاء المتقاسمين او لاحدهم ان يوقفوا دعوى ابطال القسمة بايفاء الدائن او بايداع المبلغ الذى يدعيه » وتنص المادة ٩٤٥ على « ان الدائنين الذين أرسلت اليهم الدعوة حسب الاصول ولم يحضروا الا بعد الفراغ من القسمة لا يحق لهم ان يطالبوا بابطالها على انه اذا لم يترك مبلغ كاف لايفاء ديونهم ، حق لهم ان يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك اذا كان قد بقى منه جزء لم تجر عليه القسمة والا جاز لهم مداعاة الشركاء المتقاسمين على القدر المعين بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة عقد ام شركة ملك » وتوجب المادة ١/٩٤٢ (معدلة) ادخال أصحاب الحقوق العينية المقيدة حقوقهم فى السجل العقارى قبل رفع الدعوى . والقانون اللبنانى تتفق احكامه فى مجموعها مع القانون المصرى ويقصد بعبارة ابطال القسمة فى المادة ٩٤٤ جعلها غير نافذة فى حق الدائنين . انظر السنهورى، ص ٩٣٤ هامش رقم ٣ .

للدائن حق التدخل فى اجراءات القسمة . سواء كانت قسمة اتفاقية أم قضائية . ورغم أن النص المصرى يوحى ظاهره بأن التدخل يكون فى القسمة القضائية الا أن الرأى متفق على ان القسمة الاتفاقية اولى بالتدخل من القضائية لأنه لا تتوافر فيها ضمانات هذه الاخيرة ، فوجب لذلك السماح للدائن بان يتدخل لرعاية مصالحه .

ومن مصلحة الشركاء أن يدخلوا الدائنين فى اجراءات القسمة حتى يتفادوا أى مطعن عليها بعد تمامها .

ولكل دائن حق التدخل فى القسمة . سواء كان دائنا عاديا او دائنا مرتهنا او دائنا صاحب حق امتياز ويستوى ان يكون دائنا حقه معلق على شرط واقف او فاسخ او صاحب حق مؤجل . لأنه يقوم بعمل من الأعمال التحفظية ولكن من يدعى استحقاق العقار لا يعتبر دائنا واذا نجح فى دعواه فلن تنفذ القسمة فى مواجهته ولا يهم ان يكون الدائن دائنا بدين يتعلق بالمال الشائع ذاته بل يمكن ان يكون دينه متعلقا باموال المدين غير الشائعة ولا يلزم أن يكون دائنا لجميع الشركاء بل يكفى أن يكون دائنا لأحدهم .

وقد حدد المشرع المغربى[٥٥] الحالة التى يجوز فيها للدائن أن يتدخل وهى حالة ماإذا كان مدينه معسرا وللدائن مصلحة مؤكدة فى هذه الحالة هى ان يدفع الغبن عن مدينه فى القسمة بمراقبة اجراءاتها حتى يستفيد هو من وراء ذلك تمكنه من الحصول على دينه . اما القانون المصرى فلم يقصر التدخل على حالة الاعسار بل اطلقه وسمح به ولو لم يكن المدين شريكا معسرا .

---

(٥٥) وبجاريه فى ذلك المشرع اللبنانى خلاف لباقى التقنينات العربية

فاذا شرع الشركاء فى اجراء القسمة كان للدائن ان يعترض على السير فيها بدون حضوره ، ولا يلزم فى اعتراضه شكل معين ، فيمكن ان يكون بورقة من اوراق المحضرين ، او بخطاب مسجل أو بخطاب عادى بل ويمكن ان يكون شفويا ، وعليه عندئذ اثبات حصـــــول الاعتراض منه[٥٦] .

ومتى اعترض الدائن ، وجب اشراكه فى الاجراءات . فلا يتخذ اجراء فى غير حضوره ، والا فان القسمة لا تكون نافذة فى حقه ، على تعبير القانون المصرى ،وتكون قابلة للابطال على تعبير القانون المغربى ،والواقع انه لا فرق بين التعبيرين ، فالمشرع المغربى انما يقصد عدم النفاذ لا الابطال بالمعنى الصحيح . وان كان قد عبر تعبيرا غير دقيق ، ولكن من المألوف أن يقع من المشرع مثل ذلك كما نجده مثلا فى حالات البطلان الوجوبى والبطلان الجوازى فى مواد الافلاس ، فهو فى الحقيقة عدم نفاذ التصرف لا بطلانه . فالقسمة التى تتم رغم معارضة الدائن لا تنفذ فى حقه ، فيستطيع ان يتجاهلها وان يتمسك ببقاء الشيوع اذا اثبت ان هناك ضررا قد لحقه منها . ويكون لأى شريك عندئذ أن يطلب القسمة من جديد فى حضور الدائن . ويستطيع الدائن أن يكتفى بأن يطلب من الشركاء تعويضه عن الأضرار .

واذا أشرك الدائن فى الاجراءات ، فله أن يعترض على كل اجراء يضر بمصلحة مدينه ، فاذا شرع الشركاء فى اجراء قسمة تصفية ببيع المال الشائع بالمزاد بين الشركاء ، كان له ان يعترض على ذلك طالبا اشراك الغير فى المزايدة حتى يرتفع ثمن المال المبيع . ولكن ليس له ان يطلب جعل القسمة قضائية اذا كان الشركاء يريدونها قسمة اتفاقية ، فهو ليس

---

(٥٦) السنهورى ، فقرة ٥٦٥ — ص ٩٣٨ .

طرفا فى اتفاق القسمة ، وليس له ان يمنع مدينه من التصرف فى حصته او ترتيب حقوق عليها .

ولكن يجوز له الطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية . وليس للدائن أن يطلب البيع بالمزاد بدلا من القسمة عينا اذا كانت القسمة عينا ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع(٥٧) .

ويستطيع الشركاء أن يتفادوا دعوى الدائن ، بأن يدفعوا اليه الدين الذى يطالب به ، أو بأن يودعوا هذا المبلغ فى خزانة المحكمة ، فتنتفى مصلحته فى الدعوى عندئذ . وهذا الحل المنصوص عليه فى الفصل ١٠٨٦ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى ، مقرر فى القانون المصرى بدون نص عليه(٥٨) .

ويتحمل الدائن دائما نفقات معارضته وتدخله .

واذا كان الدائن قد استدعى للتدخل فى اجراءات القسمة فلم يفعل ، فهو مقصر فى عدم نهوضه لرعاية مصالحه . ولذلك لا يجوز له أن يطعن فى القسمة بعد ذلك ، الا اذا أثبت ان القسمة قد وقع فيها غش . وقد نص المشرع المصرى على حالة الغش صراحة ، أما المشرع المغربى فلم ينص عليها ، ولكنها تؤخذ من القواعد العامة ، فالمعروف أن الغش يفسد جميع التصرفات .

ورغم ان الدائن لا يستطيع أن يطعن فى القسمة التى تتم فى غيابه بدون غش ، فانه مع ذلك يبقى له أن يحصل على دينه من آحد طرق ثلاث :

---

(٥٧) السنهورى : فقرة ٥٦٦ — ص ٩٤٠ — ص ٩٤١ .

(٥٨) السنهورى : فقرة ٩٦٩ — ص ٩٤٢ — ص ٩٤٣ .

الأول : أن يكون هناك مبلغ روعى تجنيبه عند القسمة لحساب الديون المستحقة •

الثانى : أن يكون هناك جزء من المال أو الأموال المشتركة لم تتناوله القسمة •

الثالث : أن يباشر حقه فى مواجهة المتقاسمين فى الحدود التى تقتضيها طبيعة الشيوع •

٦٦ ــ آثار القسمة :

تترتب على القسمة آثار هى : زوال الملكية الشائعة ، فتصبح الملكية ملكية فردية مفرزة بعد أن كانت ملكية فردية شائعة ، ويلتزم الراسى عليه المزاد بدفع الثمن ، ويلتزم من كان عليه أداء معدل بدفعه . وتقع هذه الالتزامات تحت حكم القواعد العامة(٥٩) •

ويترتب على القسمة ما يسمى بامتياز المتقاسم ، وسوف تتناوله فى الكتاب الثانى الخاص بالتأمينات العينية •

---

(٥٩) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :

ــ فى القانون السورى : المادة ٧٩٧ مدنى مطابقة .

ــ فى القانون الليبى : المادة ٨٤٧ مدنى مطابقة .

ــ فى القانون العراقى : المادة ١٠٧٥ مدنى موافقة وتنص على ان « ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة فى القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا الحصة المفرزة التى آلت اليه . وانه لم يملك قط شيئا من باقى الحصص » .

فى القانون اللبنانى : المادة ٩٤٧ من تقنين الموجبات والعقود موافقة وتنص على ان يعد كل متقاسم كانه مالك فى الاصل للاشياء التى خرجت فى نصيبه او التى اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك وكانه لم يكن مالكا لسائر الاشياء •

أما الآثار التي تهمنا في هذا الموضع فهي أثران : الأثر الكاشف للقسمة ، وضمان المتقاسمين . واليك بيانهما .

٦٧ — الأثر الكاشف للقسمة : تنص المادة ٨٤٣ مدني مصري على ان « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع ، وانه لم يملك غيرها شيئا من بقية الحصص » .

وفي القانون المغربي ينص الفصل ١٠٨٨ على ان « يعتبر كل من المتقاسمين انه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية كما يعتبر انه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء » .

تتفق التقنينات العربية والقانون الفرنسي . في انها تجعل المقسمة أثرا كاشفا عن ملكية سابقة . وليس أثرا ناقلا للملكية ابتداء . والواقع أن الأثر الناقل والكاشف لم يكن ثابتا دائما للقسمة . وليس مسلما للآن باحدهما في الفقه بصفة مطلقة .

ففي القانون الروماني كان للقسمة أثر ناقل للملك . على اعتبار ان الشريك قد بادل شركاءه على حصصهم فأخذ نصيبا مفرزا وتخلى لهم عن نصيبه فيما حصلوا عليه . وهذه المبادلة عمل ناقل للملك . ولذلك اعتبر الرومان كل متقاسم خلفا خاصا للمتقاسمين الآخرين . ورتبوا على ذلك ان ماانتقل اليه من نصيب مفرز ينتقل محملا بالحقوق العينية التي رتبها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع ، واعتبروا القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير .

وفي عهد القانون الفرنسي القديم ظهرت حاجات عملية تدعو الى نبذ فكرة الأثر الناقل للقسمة والأخذ بفكرة الأثر الكاشف . وكان

بعث هذه الحاجات العملية اعتبارات ماليه تتعلق بما يؤدى للسيد أو الشريف فى ظل نظام الاقطاع من رسوم عند نقل الملكية . فكان اعتبار القسمة نقلا للملكية يؤدى الى استحقاق الرسوم . ولتفادى ذلك قيل بالأثر الكاشف للقسمة حتى لا تستحق الرسوم .

ومن ناحية أخرى كان هناك نوع من الرهن يسمى Obligatio Bonorum يعتبر رهنا خفيا عاما يترتب بحكم القانون على كل تصرف مثبت فى محرر رسمى وعلى كل حكم بالمديونية ، وكان ينصب على كل أموال المدين ، وكان اعتبار القسمة ذات أثر ناقل يؤدى الى أن ينتقل النصيب المفرز الى الشريك محملا بالحقوق التى رتبها غيره من الشركاء . وبذلك يضار الشريك . ويثرى غيره من الشركاء على حسابه . ولذلك لجأوا الى فكرة أخرى هى أن القسمة ليست من عقود المضاربة بل هى وسيلة لحصول الشريك على حق ثابت له فى المال الشائع ، وأخذوا بفكرة الأثر الكاشف للقسمة ، فكان ينتقل النصيب المفرز خاليا من الرهن العام الذى أشرنا اليه . وقد تقرر ذلك على أثر قضية اشتهرت باسم قضية الأخوة الأربعة .. L'affaire de Qautre fréres.

وحقيقة الأمر هى ان أثر القسمة ليس كاشفا خالصا ولا ناقلا محضا، وانما هو كاشف ناقل فى آن واحد . وهذان الاعتباران مشتركان فيه على قدم المساواة ، وتفصيل ذلك أن لكل شريك فى الملكية الشائعة حق على كل جزء من أجزائه بقدر نصيبه . فمن يملك نصف عقار شائع له نصف كل ذرة من ذراته ، وعندما يستقل فى القسمة بنصف مفرز فهو يحتفظ بملكيته لنصف كل ذرة فى هذا الجزء . وينتقل اليه حق شريكه فى النصف الآخر من كل ذرة منه . ونفس الكلام يقال بالنسبة الى حق الشريك الآخر فيما تقاسمه . فله ملكية نصف ذرات جزئه أصلا وتنتقل اليه من شريكه ملكية للنصف الآخر من ذرات هذا الجزء .. ونرى

على ذلك ان القسمة تكون كاشفة عن ملكية كل من الشريكين للنصف الخاص به فى كل ذرة من ذرات النصيب الآيل اليه . وناقله اليه عن شريكه حقه فى النصف الآخر من ذرات هذا النصيب . وهذا هو المعنى المقصود من أن للقسمة أثرا كاشفا وأثرا ناقلا فى نفس الوقت(٦٠) .

غير انه يجب - بحسب الحاجات العملية - تغليب أحد الأثرين على الآخر ، وقد أصبحت الحاجات العملية الآن تدعو الى تغليب الأثر الكاشف لتحقيق نتائج معينة سنبينها بعد قليل .

ويفرق الفقه الحديث بين الأثر الكاشف والأثر الرجعى . فالقسمة لها أثر كاشف . ولكن ليس لها أثر رجعى . ومعنى ان لها أثرا كاشفا . هو أنها لا تنشىء حق المتقاسم ابتداء . وانما هى تبين وتفصح عن حق كان ثابتا له من قبل ، وكل ما فى الأمر انه قبل القسمة كان حقا شائعا بحصة معنوية فى المال الشائع . حقا تحدد نطاقه المعنوى ولم يتحدد نطاقه المادى ، أما بعد القسمة فقد تحدد الحق معنويا وماديا ، وأصبح نطاقه المادى مطابقا للمعنوى ، فكل مافعلته القسمة هو تركيز الحق فى محله المادى ليطابق المعنوى . وبذلك لا يكون الأثر الكاشف للقسمة مجرد مجاز كما كان فى القانون الفرنسى القديم ، بل هو حقيقة . ويترتب على اعتبار القسمة ذات أثر كاشف أن نصيب المتقاسم ينتقل اليه محملا بالتصرفات التى أجراها هو أثناء قيام الملكية الشائعة . وان هذا النصيب ينتقل اليه خاليا من كل تصرف أبرمه شريك آخر على المال الشائع . وليس هذا الأثر ناشئا من تاريخ اجراء القسمة ، بل هو يرجع الى وقت نشوء حق الشريك المتقاسم . فاذا كان قد تلقى الحق بالميراث اعتبر مالكا

---

(٦٠) السنهورى : فقرة ٩٧٣ - ص ٩٤٨ .

للنصيب المفرز من تاريخ وفاة مورثه • واذا كان قد تلقاه بالشراء اعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت القسمة •

والأثر الكاشف يختلف عن الأثر الرجعى ، ونلمس ذلك فى مسائل عديدة نذكر هنا أهمها :

أولا : تملك الثمار : فما حصل عليه الشريك بنسبة حصته اثناء قيام الملكية الشائعة من الثمار يكون حقا مكتسبا له ، فاذا وقعت القسمة لا يلتزم برد الثمار التى حصلها ، لأن للقسمة أثرا كاشفا عن ملكيته ،ولو كان لها أثر رجعى لترتب على ذلك التزامه برد الثمار التى تخص زملاءه فى هذا النصيب ، والتزام شركائه باعطائه ما يخصه من ثمار ما آل اليهم •

ثانيا : ان المال الشائع يتحدد عند القسمة بما انتهى اليه فى هذا الوقت ، فاذا كان قد هلك بعضه قسم باقيه ، واذا كان قد زاد نماء ، وزع النماء باعتباره جزءا منه • وهذا لأن للقسمة أثرا كاشفا عن ملكية كل شريك ولو كان لها اثر رجعى لوجب النظر الى ما كان عليه المال الشائع عند بدء الشيوع •

ثالثا : اذا كان جميع الشركاء قد تصرفوا (بالرهن مثلا) فى المال الشائع ، بقى هذا التصرف صحيحا بعد القسمة ، نافذا فى حق الشريك الذى اصبح المال من نصيبه ، ولو كان للقسمة اثر رجعى لوجب اسقاط تصرف الشركاء عن المال الذى آل الى أحدهم اذ تصعد ملكيته الى وقت سابق على الرهن[٦١] •

---

(٦١) السنهورى : ص ٩٥٩ ــ هامش رقم ١ •

٦٨ — ضمان المتقاسمين للتعرض والاستحقاق والعيوب تنص المادة ٨٤٤ مدني مصري على أن : « ١ — يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فاذا كان احد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. ٢ — غير انه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه »(٦٢) .

وفي القانون المغربي ينص الفصل ١٠٩٠ على ان :«يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض حصصهم من أجل الأسباب السابقة على القسمة وفقا لأحكام البيع » .

ان القسمة تقوم اساسا على المساواة بين الشركاء ، وهذا هو اساس ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض ، ما قد يقع من تعرض او استحقاق ورغم ان القسمة ليست كالبيع من التصرفات الناقلة للملكية ، اذ هي كما رأينا كاشفة عنها ، الا ان الضمان يقوم فيها على المساواة لا على ضمان ملكية نقلت ابتداء .

---

(٦٢) يقابل هذا النص في التقنينات العربية الاخرى ما يلي من النصوص :
— في القانون السوري : المادة ٧٩٨ مدني مطابقة .
— في القانون الليبي : المادة ٨٤٨ مدني مطابقة .
— في القانون العراقي : المادة ١٠٧٦ مدني مطابقة للفقرة الاولى من النص المصري .
— في القانون اللبناني : تنص المادة ٩٤٨ على ان : « يضمن كل من الشركاء المتقاسمين انصبة سائر الشركاء للاسباب السابقة على القسمة طبقا للاحكام الموضوعة للبيع » .

ويشترط فى الضمان ان يكون مبناه حصول تعرض أو استحقاق للنصيب المفرز او جزء منه • اما ضمان العيوب فليس مما يضعه الشركاء فى القانون المصرى لأنه أمر لا يمكن التحرز منه اذ لابد من وقوع الحصة المعيبة بعيب خفى فى نصيب احد الشركاء • ومن ناحية أخرى فان العيب اذا كان كبيرا بحيث ينقص من قيمة الحصة اكثر من خمسها كان ذلك سببا للطعن على القسمة بالغبن • اما فى القانون المغربى فقد جاء الفصل ١٠٩٠ عاما من أجل الأسباب السابقة على القسمة « ولم يحدد المشرع ما هى هذه الاسباب ومن ثم فان هذه العبارة الشاملة تشمل ضمان العيوب مع ضمان التعرض والاستحقاق •

والضمان يوجد فى كل قسمة اتفاقية كانت أو قضائية ، عينية كانت أو تصفية بمعدل أو بلا معدل ، وسواء تمت القسمة بعقد قسمة أو بعقد آخر كالصلح أو البيع او غيره •

وليس المقصود بضمان التعرض ، التعرض المادى ، فهذا يخضع للقواعد العامة ، وانما المقصود التعرض القانونى • ويجب ان يقع هذا التعرض فعلا ، فلا يكفى ان يتوقعه المتقاسم • ويجب ان يكون سبب التعرض او الاستحقاق سابقا على القسمة ، فاذا كان لاحقا على القسمة فلا يضمنه المتقاسمون فاذا كان هناك تقادم قد بدأ سريانه فى وقت الشيوع لصالح الغير ، ولم تكتمل مدته بعد فان المتقاسم الذى جاء فى نصيبه هذا المال عليه ان يتخذ اجراء قاطعا للتقادم قبل ان يكتمل ، فاذا لم يفعل كان الاستحقاق بعد اكتمال التقادم راجعا الى خطئه هو : فلا يضمنه له المتقاسمون واذا وجد شرط يعفى من الضمان وجب العمل به فلا ضمان على المتقاسمين •

واذا أقيمت دعوى استحقاق ضد المتقاسم كان الأفضل بالنسبة له أن يدخل المتقاسمين الآخرين ليتقدموا بما لديهم من دفاع •

ويقضي القانون المصري بان يوزع الالتزام بقيمة الحصة التي استحقت على المتقاسمين الآخرين بنسبة حصصهم • وذلك حفاظا على قاعدة المساواة التي تقوم عليها القسمة اصلا • فاذا كان هناك متقاسم معسر ، وزع ما خصه من هذا الالتزام على المتقاسمين بما فيهم المتقاسم الذي استحقت منه الحصة •

اما القانون المغربي فقد اكتفى بالاحالة على قواعد البيع فيما يتعلق بالضمان وبالرجوع الى أحكام البيع فانه يمكننا تلخيصها فيما يلي بالتطبيق على القسمة بادئين بضمان التعرض والاستحقاق •

— طبقا للفصل ٥٣٣ من تقنين الالتزامات والعقود يقتضي الالتزام بالضمان من المتقاسم الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي الى التشويش على غيره من المتقاسمين او حرمانهم من المزايا التي كان لهم الحق في ان يعولوا عليها ، بحسب ما أعد له المال والحالة التي كان عليها وقت القسمة

— وطبقا للفصل ٥٣٤ يلتزم المتقاسم ايضا بقوة القانون بأن يضمن للمتقاسم الآخر الاستحقاق الذي يقع ضده بمقتضى حق كان موجودا عند القسمة • ويكون الاستحقاق واقعا ضد المتقاسم في الحالات الآتية :

١ — اذا حرم المتقاسم من حوز الشيء كله أو بعضه •

٢ — اذا كان المال المقتسم في حوز الغير ولم يتمكن المتقاسم من استرداده منه •

٣ — اذا اضطر المتقاسم الى تحمل خسارة من اجل افتكاك المال •

— وطبقا للفصل ٥٣٥ يعتبر استحقاق جزء معين من الحصة كاستحقاقها كلها ، اذ بلغ هذا الجزء بالنسبة الى الباقي من الاهمية بحيث ان المتقاسم ما كان ليقبل القسمة بدون ذلك الجزء • ويسري نفس الحكم

اذا كانت الحصة مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند القسمة •

ـ وطبقا للفصل ٥٣٦ : اذا كانت الحصة مثقلة بحق من حقوق الارتفاق الضرورية الملازمة فلها بمقتضى طبيعة الامور ، كحق المرور الثابت على ارض تحصر أخرى عن الطريق ، فان المتقاسم لا يثبت له حق الرجوع على غيره من المتقاسمين الا اذا ضمن تمام خلو الحصة من كل عبء •

ـ وطبقا للفصل ٥٣٧ : اذا وجهت الى المتقاسم دعوى بسبب الحصة المقسومة له وجب عليه أن يعلم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق عند تقديم المدعى البينة على دعواه واذ ذاك تنبهه المحكمة بأنه اذا استمر فى الدعوى باسمه الشخصي يعرض نفسه لضياع حقه فى الرجوع على المتقاسمين الآخرين ، فاذا فضل برغم هذا التنبيه أن يدافع مباشرة فى الدعوى فقد كل حق فى الرجوع على المتقاسمين الآخرين •

ـ وطبقا للفصل ٥٣٨ : اذا استحقت الحصة كلها من يد المتقاسم من غير ان يقع اعتراف من جانبه بحق المستحق كان له ان يطلب استرداد

١ ـ الثمن الذى دفعه ومصروفات العقد التي أنفقت على وجه سليم

٢ ـ المصروفات القضائية التى أنفقها على دعوى الضمان •

٣ ـ الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق •

ـ وطبقا للفصل ٥٣٩ : للمتقاسم الحق فى الرجوع على المتقاسمين الآخرين ولو هلك الشيء الذى حصل استحقاقه او نقصت قيمته كلا او بعضا ، بفعله او بخطئه او نتيجة قوة قاهرة •

ـ وطبقا للفصل ٥٤٠ : المتقاسم سيىء النية يلتزم بأن يدفع للتقاسم

حسن النية كل المصروفات التى انفقها حتى مصروفات الزينة او الترف .

— وطبقا للفصل ٥٤١ : اذا كانت قيمة الحصة المستحقة قد ازدادت عند حصول الاستحقاق ولو بغير عمل المتقاسم ، فان الزيادة فى القيمة تدخل فى مبلغ التعويض اذا صور تدليس من المتقاسمين الآخرين .

— وطبقا للفصل ٥٤٢ : فى حالة الاستحقاق الجزئى الذى يبلغ من الأهمية حدا بحيث يعيب الحصة ، وحيث أن المتقاسم كان يمتنع من القسمة لو علم به ، يثبت للمتقاسم الخيار بين الحصول على ثمن الجزء الذى حصل استحقاقه وبين فسخ القسمة . واذا لم يبلغ الاستحقاق الجزئى من الأهمية الحد الكافى لتبرير فسخ القسمة فله حق الحصول على ثمن ما نقص من حصته .(وهذا يقابل حق المشترى فى انقاص الثمن بقدر ما استحق) .

— وطبقا للفصل ٥٤٣ : اذا وردت القسمة على عدة اشياء منقولة واستحق بعضها ، كان للمتقاسم الخيار بين فسخ القسمة وبين الحصول على ثمن ما استحق الا انه اذا كان من طبيعة المنقولات عدم امكان اجراء الفصل بينها بغير ضرر ، فانه لا يكون للمتقاسم الا الفسخ بالنسبة الى القسمة كلها .

— وطبقا للفصل ٥٤٤ : يسوغ أن يتفق المتقاسمون على الا يتحملوا بأى ضمان اصلا ، الا انه لا يكون لهذا الشرط من اثر الا اعفاء المتقاسم من التعويضات ، فلا يمكنه ان يحلله من التزامه بقيمة الحصة فى حالة الاستحقاق . ولا يكون لشرط عدم الضمان أى أثر :

١ — اذا بنى الاستحقاق على فعل شخص لأحد المتقاسمين .

٢ — اذا وقع تدليس من احد المتقاسمين كما اذا كان يعلم سبب الاستحقاق ولم يصرح به . ويلتزم المتقاسم بالتعويض فى هاتين الحالتين .

ـ وطبقا للفصل ٥٤٥ : يبقى ضمان الاستحقاق قائما ولو كان المتقاسم الذى استحقت الحصة منه عالما باحتمال الاستحقاق او بوجود حقوق تثقل الحصة •

ـ وطبقا للفصل ٥٤٦ : لا يلتزم المتقاسم بأى ضمان اصلا :

(أ) اذا وقع انتزاع الحصة بالاكراه أو نتيجة قوة قاهرة •

(ب) اذا حصل الانتزاع بفعل السلطة ، ما لم يكن فعلها مبنيا على حق ثابت لها يخولها العمل على احترامه أو على فعل يعزى لأحد المتقاسمين•

(جـ) اذا حصل للمتقاسم عرقلة فى التصرف نتيجة تعد من الغير بدون أن يدعى اى حق على الحصة •

ـ وطبقا للفصل ٥٤٧ : لا يحتمل المتقاسمون بأى ضمان ولو ادخلوا فى الدعوى فى وقت مفيد اذا حصل الاستحقاق بغش المتقاسم الذى استحقت حصته او بخطئه وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذى قضى بالاستحقاق ، وعلى وجه الخصوص :

(أ) اذا ترك المتقاسم التقادم البادى قبل القسمة والسارى ضده يتم او اذا اهمل اتمام تقادم بدأه متقاسم آخر •

(ب) اذا بنى الاستحقاق على فعل او سبب شخصى للمتقاسم •

ـ وطبقا للفصل ٥٤٨ : لا يفقد المتقاسم حقه فى الرجوع بالضمان على المتقاسمين الآخرين ، اذا كان لم يتمكن بسبب غيابهم من اخطارهم فى وقت مفيد واضطر نتيجة ذلك ان يدافع عن نفسه ضد المستحق •

اما ضمان العيوب فيجب ان نبدأ احكامه باستبعاد القسمة القضائية من مجاله ، تطبيقا للفصل ٥٧٥ الذى لا يسمح بدعوى لضمان العيب فى حالة البيع الذى يجرى بواسطة القضاء •

وتبقى القسمة الاتفاقية هى المجال الوحيد للتمسك بضمان العيب وفى هذا الصدد نطبق احكام البيع كذلك على القسمة كما فعلنا فى ضمان التعرض والاستحقاق فنقول :

يضمن المتقاسمون عيوب الشىء التى تنقص من قيمته نقصا محسوسا ، أو التى تجعله غير صالح لاستعماله فيما اعد له بحسب طبيعته او بمقتضى العقد . اما العيوب التى تنقص نقصا يسيرا من القيمة او الانتفاع وتلك التى جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان ويضمن المتقاسمون أيضا وجود الصفات التى صرحوا بها أو التى اشترطها المتقاسم (تطبيقا للفصل ٥٤٩ من تقنين الالتزامات والعقود) .

واذا كانت الحصة لا يمكن التعرف على حقيقة حالتها الا باجراء تغيير فى طبيعتها كالثمار فى قشورها فان المتقاسمين لا يضمنون العيوب الخفية الا اذا التزموا بذلك صراحة او اذا كان العرف المحلى يفرض عليهم هذا الضمان (الفصل ٥٥٠) .

ويتحدث الفصل ٥٥١ عن البيع بمقتضى نموذج وهو حالة لا يمكن تصورها فى القسمة الا اذا تعلق النموذج بمعدل من المثليات .

ولا يضمن المتقاسمون الا العيوب التى كانت موجودة عند القسمة اذا كان المقسوم شيئا معينا بذاته او عند التسليم اذا كان المقسوم شيئا مثليا قسم بالوزن او القياس او على اساس الوصف (الفصل ٥٥٢) .

واذا وردت القسمة على اشياء منقولة (عدا الحيوانات) وجب على المتقاسم ان يفحص حصته فور تسلمها ، وأن يخطر المتقاسمين الآخرين حالا بكل عيب يلزمهم ضمانه خلال السبعة ايام التالية للتسليم ، واذا لم يجر ما سبق اعتبرت الحصة مقبولة ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادى . او كان المتقاسم قد منع لسبب خارج عن

ارادته من فحص الحصة ، وفى هذه الحالة يجب اخطار المتقاسمين الآخرين بعيوب الحصة فور اكتشافها . فان لم يحصل الاخطار اعتبرت الحصة مقبولة ولا يسوغ للمتقاسم سيىء النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير (الفصل ٥٣) .

واذا ظهر عيب فى الحصة وجب على المتقاسم ان يعمل فورا على اثبات حالتها بواسطة السلطة القضائية او بواسطة خبراء مختصين بذلك مع حضور المتقاسمين الآخرين ونائبهم ان كان موجودا فى المكان فاذا لم يقم المتقاسم باثبات حالة الصحة على وجه سليم ، تعين عليه ان يثبت ان العيب كان موجودا فعلا عند تسلمه الحصة واذا كانت الحصة بضاعة آتية من مكان آخر ، ولم يكن للمتقاسمين من يمثلهم فى محل التسليم وجب على صاحب الحصة ان يعمل على حفظها مؤقتا . واذا خيف من خطر تعيب سريع كان للمتقاسم الحق فى ان يعمل على بيع الحصة بحضور ممثلى السلطة المختصة فى مكان وجودها ، وذلك بعد قيامه باثبات حالتها على نحو ما ذكر ، ويصبح هذا الاجراء واجبا اذا اقتضته مصلحة المتقاسمين وعلى صاحب الحصة أن يبادر باخطار المتقاسمين الآخرين بكل ما سبق والا وجب عليه تعويض الضرر (الفصل ٥٥٤) .

ومصروفات رد البضاعة الى مصدرها فى حالة الفصل السابق تقع على عاتق المتقاسمين الآخرين (الفصل ٥٥٥) .

واذا ثبت الضمان بسبب العيب أو بسبب خلو الحصة من صفات معينة ، كان لصاحب الحصة أن يطلب فسخ أو نقض القسمة واذا فضل الاحتفاظ بها لم يكن له الحق فى أن يحصل على تكملة لها . ولكن له الحق فى التعويض :

(أ) اذا كان المتقاسمون الآخرون يعلمون عيوب الحصة او يعلمون خلوها من الصفاة التى عقدوا بها . ولم يصرحوا بأنهم يتقاسمون بغير

ضمان ويفترض هذا العلم موجودا دائما اذا كان المتقاسمون تجارا او صناعا واقتسموا منتجات الحرفة التى يباشرونها .

(ب) اذا صرح المتقاسمون بعدم وجود العيوب ، ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد القسمة او كان يمكن ان يجهلوها بحسن نية .

(جـ) اذا كانت الصفاة التى ثبت خلو الحصة منها قد اشترط وجودها صراحة أو كان عرف التجار يقتضيها (الفصل ٥٥٦) .

واذا وردت القسمة على مجموع اشياء محددة ، وكان جزء منها معيبا كان لصاحب الحصة ان يستعمل حق الاختيار المخول له بمقتضى الفصل ٥٥٦ ، واذا وردت القسمة على أشياء مثلية ، لم يكن للمتقاسم الا ان يطلب تسليم مثلها فى النوع خالية من العيب من حفظ حقه فى المطالبة بالتعويض اذا كان له محل (الفصل ٥٥٧) .

واذا اقتسمت عدة اشياء مختلفة جملة واحدة ، كان لصاحب الحصة بعد التسليم ان يطلب فسخ القسمة بالنسبة الى الجزء المتعيب وحده من هذه الاشياء والحصول على معدل الا انه اذا كانت الاشياء المقتسمة مما لا يمكن تجزئته بغير ضرر كالأشياء المزدوجة فان صاحب الحصة لا يكون له ان يطلب الفسخ الا بالنسبة الى مجموع القسمة (الفصل ٥٥٨) .

والفسخ لعيب فى الحصة الأصلية يلحق توابعها ولكن عيب التوابع لا يكون سببا لفسخ قسمة الحصة الأصلية (الفصل ٥٥٩) .

ويحصل تقدير العيب بتقويم الحصة على اساس خلوها من العيب ثم تقويمها على الحالة التى توجد عليها . واذا اقتسمت عدة اشياء جملة واحدة ، حصل التقويم على اساس قمة كل الاشياء المكونة للقسمة (الفصل ٥٦٠) .

وفى حالة فسخ القسمة ، يلتزم المتقاسم صاحب الحصة المبيعة بان يرد :

اولا : الحصة المشوبة بالعيب الموجب الضمان ، بالحالة التى تسلمها عليها وتوابعها وما كان يعتبر جزءا منها ، وكذلك الزيادات التى أندمجت فيها بعد القسمة •

ثانيا : ثمار الحصة من وقت فسخ القسمة بالتراضى أو من وقت الحكم بالفسخ ، وكل الثمار السابقة على هذا التاريخ ، الا انه اذا كانت الثمار غير معقودة فان المتقاسم يتملكها اذا كان قد جناها ولو قبل نضجها كما يتملك أيضا الثمار الناضجة ولو لم يجنها •

ومن ناحية أخرى يلتزم المتقاسمون الضامنون :

أولا : أن يدفعوا للمتقاسم مصروفات الزراعة والرى والصيانة ، ومصروفات الثمار التى ردها اليهم •

ثانيا : ان يعوضوا المتقاسم عن الخسائر التى قد تسببها له الحصة المعيبة اذا كان قد وقع تدليس منهم (الفصل ٥٦١) •

وهناك الفقرة ثانية من الفصل ٥٦١ فى باب البيع تقضى برد الثمن ومصروفات العقد • وهذا غير متصور فى حالة القسمة الا أن يكون ما سيتم رده هو المعدل الذى قدمه المتقاسم ان كان ثمة معدل والذى يمكن ان يحدث عند فسخ القسمة للعيب ، هو رد الحصة المعيبة وعودة حالة الشيوع ، ويمكن ان تبدأ قسمة من جديد بعد ذلك •

وليس للمتقاسم حق المطالبة اذا تعذر عليه رد الحصة المعيبة فى الحالات الآتية :

أولا : اذا هلكت بحادث فجائى أو بخطأ وقع من المتقاسم او من الأشخاص الذين يتحمل المسئولية عنهم .

ثانيا : اذا سرقت الحصة او اختلست منه .

ثالثا : اذا حول المتقاسم الحصة على نحو تصير معه غير صالحة لاستعمالها ، فيما اعدت له اصلا الا انه اذا لم يكن العيب قد ظهر الا عند اجراء التحويل أو نتيجة له ، فانه يحتفظ بحقه فى الرجوع على المتقاسمين الآخرين (الفصل ٥٦٢) .

واذا هلكت الحصة بسبب العيب الذى كان يشوبها أو بحادث فجائى ناتج عن هذا العيب ، كان هلاكها على المتقاسمين فيلتزمون برد المعدل وبالتعويضات اذا كانوا سيئى النية (الفصل ٥٦٣) ويلاحظ أن رد الثمن المنصوص عليه فى هذا الفصل غير متصور فى القسمة . وان كان البديل المتصور لذلك هو توفير حصة أخرى للمتقاسم مع احتفاظهم بالمعدل الذى قد يكون قدمه اليهم ثم ان الحصة الهالكة بسبب العيب من المفروض أن يتحمل المتقاسم جزءا من قيمتها بنسبة ملكيته السابقة فى الشيوع ، باعتبار انها لو هلكت أثناء قيام الملكية الشائعة فانها كانت تهلك عليهم جميعا بما فيهم هذا المتقاسم فيجب أن يتحمل خسارة جزء من قيمتها بنفس النسبة التى كان يملك بها .

ولا محل لفسخ القسمة اذا كان الشىء قد تعيب بخطأ المتقاسم أو بخطأ من يسأل عنهم أو اذا كان قد استعمل الشىء استعمالا من شأنه أن ينقص من قيمته بكيفية محسوسة . ويطبق نفس الحكم اذا كان قد استعمل الشىء قبل أن يعرف العيب . أما اذا كان قد استعمله بعد ذلك فيطبق حكم الفصل ٥٧٢ . (الفصل ٥٦٤) .

واذا كانت الحصة حال تسلمها مشوبة بعيب موجب للضمان ثم حدث فيها بعد ذلك عيب لا يعزى لخطأ المتقاسم ، كان له الخيار بين أن يحتفظ بها ويرجع بالضمان على أساس العيب الأول ، وفقا لما يقضى به القانون ، وبين أن يردها للمتقاسمين مع تحمله جزءا من قيمتها يتناسب مع العيب الجديد الذى ظهر بعد القسمة الا انه يسوغ المتقاسمين أن يعرضوا استرداد الحصة بالحالة التى هى عليها مع تنازلهم عن حق الرجوع من أجل العيب الجديد ، وفى هذه الحالة يكون للمتقاسم الخيار بين أن يحتفظ بالحصة على الحالة التى توجد عليها وبين أن يردها دون أداء أى تعويض (الفصل ٥٦٥) •

واذا زال العيب الجديد عادت لصالح المتقاسم دعوى الضمان على أساس العيب القديم السابق على التسليم (الفصل ٥٦٦) •

واذا كان العيب قد روعى فى تقدير قيمة الحصة عند القسمة ، فهذا لا يمنع المتقاسم اذا ظهر فيها عيب آخر جديد ، من أن يطلب اما فسخ القسمة أو تكملة الحصة أو انقاص المعدل (الفصل ٥٦٧) وتكملة الحصة أو انقاص المعدل هنا يعادل انقاص الثمن فى البيع •

وتنقضى دعوى ضمان العيب اذا زال العيب قبل رفع الدعوى أو فى أثنائها ، وكان العيب بطبيعته مؤقتا ، وليس من شأنه أن يظهر من جديد • أما اذا كان من طبيعة العيب أن يظهر من جديد بعد زواله فلا ينطبق هذا الحكم (الفصل ٥٦٨) •

ولا يضمن المتقاسمون العيوب الظاهرة ، ولا العيوب التى كان المتقاسم يعرفها ، أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها (الفصل ٥٦٩) •

ويضمن المتقاسمون العيوب التى كان المتقاسم يستطيع بسهولة أن يعرفها اذا صرحوا بعدم وجودها (الفصل ٥٧٠) .

ولا يضمن المتقاسمون عيوب الحصة أو خلوها من الصفات المتطلبة فيها :

أولا : اذا صرحوا بالعيوب .

ثانيا : اذا اشترطوا عدم مسئوليتهم عن أى ضمان (الفصل ٥٧١)

وتنقضى دعوى الضمان :

أولا : اذا تنازل المتقاسم عنها صراحة بعد علمه بالعيب .

ثانيا : اذا باع المتقاسم الحصة بعد علمه بالعيب أو تصرف فيها بأى وجه آخر باعتباره مالكا .

ثالثا : اذا كان المتقاسم قد خصص الحصة لاستعماله الشخصى وظل يستعملها بعد علمه بالعيب الذى يشوبها . ولا تسرى هذه القاعدة على المنازل وغيرها من العقارات المشابهة ، فان هذه يستطيع الشخص الاستمرار فى سكناها أثناء الدعوى (الفصل ٥٧٢) .

وكل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو الحصة من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع فى الآجال الآتية والا سقطت :

بالنسبة الى العقارات : خلال ٣٦٥ يوما بعد التسليم .

بالنسبة الى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال ٣٠ يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للمتقاسمين الضامنين الاخطار المشار اليه فى الفصل ٥٥٣ . ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين

وتسرى أحكام الفصول ٣٧١ الى ٣٧٧ (الخاصة بالتقادم) على سقوط دعوى ضمان العيب • (الفصل ٥٧٣) •

ولا يحق للمتقاسم سيىء النية التمسك بدفوع التقـادم المقررة فى الفصل ٥٧٣ ، كما لا يحق له التمسك بأى شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه ، ويعتبر سيىء النية كل متقاسم يستعمل طرقا احتيالية ليلحق بالشىء المقتسم عيوبا أو ليخفيها (الفصل ٥٧٤) •

هـذه هى اجمالا أحكام ضـمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية فى عقد البيع فى القانون المغربى مطبقة على القسمة • ونوه هنا بأنها أحكام فى حاجة الى التعديل لتكون فى صورة أكثر تركيزا واختصارا ووفاء بالحاجة •

المبحث الثانى

الشرط المانع من التصرف

٦٩ — لكل مالك حق التصرف فى ملكه فالتصرف عنصر من عناصر الملكية بل لعله أبرز عناصرها • واذا نقص هذا العنصر بالذات لم يكن الحق حق ملكيته ، بل يكون حق انتفـاع أو غيره من الحقوق العينية الأصلية • ومنع التصرف فى الأموال من شأنه أن يعوق تداول الثروات ويعطل التجارة ، ويخرج المال من دائرة التعامل ، وكل ذلك مما يخالف النظام العام ، لذلك كان الأصل هو حرية التصرف لكل مالك فيما يملكه• ولا يخرج المال من دائرة التعامل الا ارادة المشرع •

غير انه توجد حاجات عملية كثيرة تدعو الى تقييد سلطة التصرف، فيحتوى التصرف القانونى على قيد يمنع من أن تنتقل اليه الملكية أو يترتب له حق عينى ، من التصرف • ومثل هذا القيد قد أثار وما زال يثير جدلا طويلا حول صحته وطبيعته القانونية •

٧٠ — ويهمنا أن نفرق بين الشرط المانع من التصرف من جهة وبين ما قد يشتبه به فالشرط المانع من التصرف يفترض فيه ان الشىء مملوك ملكية خاصة،وان مالكه يستفيد بعنصرى الاستعمال والاستغلال، ويستطيع استرداد حيازته ان خرج من يده ، ولكنه لا يستطيع التصرف فيه • ومن هنـا كان الشرط المانع من التصرف يلحق الملكية فيغير من أحكامها فى حدود معينة •

وهذا الشرط المانع clause d'inaliénabilité يختلف عن بعض الصور الشبيهة :

١ ــ فهو يختلف عن الشيء الخارج عن دائرة التعامل : لأن الشيء الخارج عن التعامل لا يكون محلا للملكية الخاصة • والشرط المانع من حيث مصدره ارادى ، أما خروج الشيء من دائرة التعامل فلا يكون الا بارادة المشرع •

٢ ــ ويختلف الشرط المانع عن حالة انعدام أو نقص الأهلية للتصرف فعدم توافر الأهلية لا يلحق الشخص الا فى فترة صغره أو عند ظهور عارض من عوارضها عليه ، وببلوغه سن الرشد أو زوال العارض عنه يستطيع أن يتصرف كما يشاء ، وهو لا يكون قاصرا بارادته ، بل المشرع هو الذى يضع قواعد الأهلية وأحكامها • أما الشرط المانع فهو يمنع الشخص من التصرف ولو كان بالغا رشيدا • والقاصر يمكن أن يكون له من يمثله ، فيبرم التصرف نيابة عنه ، أما الشرط المانع فيمنع الشخص ويمنع من يمثله من التصرف • واذا كانت الأهلية مما يستقل المشرع بوضع أحكامه ، فان الشرط المانع يأتى بارادة الأفراد لا المشرع

٣ ــ ويختلف الشرط المانع عن حكم الأشياء التى لا تتملك بالتقادم لأن الشرط المانع يرتب حرمان الشخص من اجراء التصرفات بارادته ولكنه لا يمنع التقادم الذى يسرى ضد ارادته •

٧١ ــ والأصل ان الشخص لا يستطيع أن يعلن اخراج مال من أمواله عن دائرة التصرفات الا فى حالات نادرة منها صورة الوقف •

والمشرع نفسه قد يضع القيد على التصرف فيحرم مثلا تصرف الشريك فى حصته فى ملكية الأسرة قبل مدة معينة الا بموافقة جميع الشركاء •

ولكن الشرط الذى يحظر التصرف يأتى دائما فى تصرفات احادية

أو فى عقود ، فيمكن أن يوصى شخص لآخر بمال معين ويشترط عدم تصرفه فيه ، أو أن يتعاقد مع شخص على بيع أو هبة ويشترط عدم التصرف فى المبيع أو الموهوب ولا توجد نصوص تشريعية فى أغلب البلاد تعالج حكم الشرط المانع من التصرف ولذلك كان القضاء الفرنسى حتى منتصف القرن الماضى يحكم ببطلان هذا الشرط ، خشية أن يؤدى ذلك الى عودة نظام الاقطاع ، فيخل ذلك بالمساواة السياسية بين الأفراد . ولكنه تحت ضغط الحاجات العملية اضطر الى اباحة هذا الشرط ، بشروط معينة ، هى أن يكون الشرط مؤقتا وأن يكون الباعث عليه مصلحة مشروعة .

٧٢ — ويدعو الى وضع هذا الشرط فى التصرفات القانونية اعتبارات مختلفة يمكن أن تتعلق بمصلحة للمشترط ، أو بمصلحة للمشترط عليه أو بمصلحة لغيرهما :

١ — الشرط لمصلحة المشترط : قد يهب شخص لشخص آخر عقارا على أن يؤدى الى الواهب راتبا مدى الحياة وحتى يضمن أداء هذا الراتب يشترط على الموهوب له عدم التصرف فى العقار مدى حياة الواهب وقد يبيع شخص عقارا لآخر بثمن مقسط ، ولكى يضمن سداد الأقساط يشترط على المشترى عدم التصرف فى العقار حتى يتم سداد الأقساط كلها ، ويقع ذلك عادة فى الجمعيات التعاونية أو النقابات التى تقوم بامتلاك الأراضى وبيعها لأعضائها بثمن منخفض ومقسط على مدة طويلة .

٢ — الشرط لمصلحة المشترط عليه : قد يوصى شخص لآخر بعقار وهو يعلم أن الموصى له لا يحسن التدبير ، أو انه سفيه أو يكون هذا الشخص قاصرا لم تنضج خبرته بعد ولو ترك له العقار فسوف يتصرف فيه ويبدد ثمنه . ولذلك يشترط الموصى فى وصيته منع الموصى له من

التصرف طوال حياته أو مدة معينة • وقد يترك له سلطة التصرف ولكن يقيدها بقيد الاستبدال remploi ومعنى ذلك أن الموصى له يستطيع أن يقوم ببيع العقار ولكن بشرط أن يشترى بثمنه عقارا آخـر ، ويكون العقار الجديد كذلك محملا بنفس القيد ، فلا يتصرف فى ثمنه الا بشراء عقار غيره وهكذا •

٣ ــ الشرط لمصلحة الغير : قد يبيع شخص عقارا لآخر ويشترط عليه أن يؤدى ثمنا للعقار راتبا لشخص ثالث مدى حياته (زوجته مثلا) ولكى يضمن أداء هذا الراتب يشترط عدم التصرف فى العقار مـدى حياة الغير المستفيد من الراتب •

هكذا نرى ان الشرط المانع يمكن أن يكون لمصلحة أدبية أو مادية سواء تعلقت هذه المصلحة بشخص المشترط أو المشترط عليه أو الغير ، وان مدته يمكن أن تكون مدة محددة بعـدد من الشهور أو السنين ، ويمكن أن تكون مدة حياة المشترط أو مدة حياة المشترط عليه أو مدة حياة شخص آخر غيرهما ، ويعتبـر الشرط مع ذلك مؤقتا • أما الأمر المنافى للقانون فهو أن يكون الشرط مؤبدا أى لا تحدد له مدة فمثـل هذا الشرط يخرج العقـار من دائرة التعامل ، وهـذا أمر لا يجـوز الا للمشرع •

والمصالح التى نراها الآن هى مصالح مشروعة ولذلك يمكن أن تكون باعثا مشروعا على اشتراط المنع من التصرف اما اذا كان الباعث على الشرط غير مشروع فان الشرط يكون باطلا ويبقى التصرف صحيحا فاذا كان هذا الباعث قد امتـد الى التصرف ذاته • فكان الباعث على الشرط وعلى التصرف ذاته واحدا ، فان الشرط والتصرف يبطلان معا • ومثال الباعث غير المشروع أن يهب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه عدم

التصرف ليقوم بتمويل نشاط غير مشروع ضد الدولة ، أو لينفق على نشر مذهب فيه لمدة خمسين سنة من المذاهب الهدامة ، أو ليقوم بنشاط تبشيرى لنشر الدين المسيحى فى بلد اسلامى ، فهذه الأعمال تعتبر مخالفة للنظام العام وغير مشروعة ولذلك تبطل الشرط والتصرف معا .

والمنع من التصرف المشترط على هذا النحو يعتبر قيدا على حق الملكية ، ولما كانت طبيعة حق الملكية هى الاطلاق والقيد استثناء فان هذا القيد لا ينبغى أن يتوسع فى تفسيره بل يؤخذ بالتفسير الضيق فاذا كان العقار يغل ثمارا فلا يمتنع على المشترط عليه أن يتصرف فيها ، رغم انها من توابع الملكية ، لأن هذه الثمار تدخل الاستفادة منها فى عنصر الاستغلال والقيد وارد على التصرف لا على الاستغلال والاستعمال .

٧٣ ــ وقد عالج المشرع المصرى الشرط المانع من التصرف بنصوص خاصة . فنص فى المادة ٨٢٣ مدنى على انه : « ١ ــ اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة . ٢ ــ ويكون الباعث متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير . ٣ ــ والمدة المعقولة يجوز أن يستغرق حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير »[٦٢] .

ونصت المادة ٨٢٤ مدنى مصرى على الجزاء الذى يترتب على

(٦٢) يقابل هذا النص المادة ٧٧٨ مدنى سورى مطابقة والمادة ٨٣٢ مدنى ليبى مطابقة ، ولا نظير له فى القانونين العراقى واللبنانى ، ولكن احكامه تتفق مع القواعد العامة فيها ــ أنظر : السنهورى ص ٥٠٦ هامش ٢ وقارب الكزبرى : ص ٩٩ حيث يذكران المادة ٢٢٧ وما يليها والمادتان ٥٠٥ و ٥٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى كلها تقر القيود الاتفاقية شرط ان يكون فى هذه القيود مصلحة لاحد المتعاقدين وان يكون القيد مؤقتا ومحددا بمدة

الشرط الارادى المانع من التصرف ، وهو البطلان المطلق للتصرف المخالف للشرط فقالت : « اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا »[٦٣] .

وأحكام القانون المصرى توافق اتجاه القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع فالقانون المصرى يفترض فى هذا الشرط أن يكون اراديا تضمنه عقد أو تضمنته وصية ويشترط أن يكون مبنيا على باعث مشروع وأن يكون مقصورا على مدة معقولة وهذه المدة تتحدد عادة بالنظر الى المصلحة المبتغاة من الشرط ، فاذا كان المقصود حماية قاصر من نقص خبرته ، أو من تبذير وليه كانت المدة المعقولة هى المدة الباقية حتى بلوغه سن الرشد ، أو الى ما بعد ذلك بفترة معقولة واذا كانت المصلحة المنشودة هى مصلحة المشترط أمكن أن يشترط منع التصرف طوال حياته هو وتعتبر هذه مدة معقولة وفى حالة بيع عقار بالتقسيط يكفى المنع من التصرف مدة سداد الأقساط ويزول بعدها المنع وهكذا ويرتب القانون المصرى على الشرط المانع من التصرف ان كل تصرف يقع مخالفا له يقع باطلا بطلانا مطلقا فيستطيع أن يتمسك به المشترط أو المشترط عليه أو المتعاقد مع المشترط عليه أو الغير الذى اشترط لمصلحته الشرط بل ويمكن أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وهو بطلان لا تصححه الاجازة ولا الاقرار ، ولا يسقط بالتقادم . ويستتبع الشرط المانع من التصرف المنع المباشر والمنع غير المباشر للتصرف فى المال ونقصد بذلك ان المشترط عليه قد يقوم بالاقتراض من شخص آخر ، ويترك هذا

---

(٦٣) يقابل هذا النص : المادة ٧٧٩ مدنى سورى مطابقة والمادة ٨٣٣ مدنى ليبى مطابقة ولا مقابل له فى القانونين العراقى واللبنانى . انظر السنهورى ص ٥٢٤ — هامش رقم ٣ .

الشخص يوقع الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه ، ويبيعه بيعا قضائيا ليحصل على دينه • وبذلك يكون المشترط عليه قد وصل الى التصرف فى المال بطريق غير مباشر • فهذا الحجز يكون ممنوعا كذلك(٦٤)

ومن الجدير بالذكر ان القضاء المصرى كان يعتبر الشرط المؤقت المبنى على باعث مشروع صحيحا ، وذلك حتى قبل صدور التقنين المدنى الحالى الذى تضمن النصوص المتقدمة •

٧٤ — أما القانون المغربى فلا توجد فيه نصوص مفصلة كنصوص التقنين المصرى ، ولكن وردت اشارة صريحة الى جواز الشرط الادارى المانع من التصرف ، وذلك فى الفصل ٦٩/٥ من التشريع المطبق على العقارات المحفظة ويقضى هذا النص بأنه « يجب على كل شخص يطلب تسجيل حق من الحقوق أن يقدم الى المحافظة قائمة تتضمن ما يلى : ٥ — وعند الاقتضاء بيان مايطلب تسجيله فى نفس الوقت الذى يطلب فيه تسجيل الحق الأصلى من أسباب الفسخ أو من قيد على الحق فى التصرف أو أى تقييد خاص آخر » • فهذا النص صريح فى جواز تقييد سلطة التصرف بشرط مانع منه • وعلى ذلك يمكن اعتبار الشرط المانع جائزا بنفس الشروط أى عندما يبنى على باعث مشروع ويكون مشترطا لمدة معقولة(٦٥) •

٧٥ — وقد ثار خلاف حول طبيعة الشرط المانع من التصرف وبالتالى حول الجزاء الذى يترتب عليه :

١ — فذهب رأى الى ان المنع من التصرف ينشىء التزاما بامتناع عن

---

(٦٤) السنهورى : فقرة ٣٢٠ — ص ٥١٨ — ص ٥١٩ .

(٦٥) الكزبرى : ص ٩٩ — ص ١٠٠ .

عمل فى ذمة المشترط عليه ، والاخلال بالتزام بامتناع عن عمل يمكن أن يكون جزاؤه التعويض العينى اذا كان ذلك ممكنا ، ويكون ذلك بابطال التصرف المخالف للشرط • فالمادة ١١٤٣ مدنى فرنسى تعطى للدائن بالتزام بامتناع حق طلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ولكن يؤخذ على هذا الرأى ان المقصود من هذا النص هو الازالة المادية لا ابطال تصرف قانونى •

٢ ـ وذهب رأى الى ان الشرط يجعل المشترط عليه ناقص الأهلية بالنسبة الى التصرف فى مال معين • وبذلك يكون تصرفه قابلا للابطال • ويعترض على هذا الرأى بأنه لا يمكن أن يصبح الانسان ناقص الأهلية بارادته أو بارادة الطرف الآخر مشتركة مع ارادته ، لأن نقص الأهلية يستقل بتحديده المشرع • وحتى لو افترضنا انه ناقص الأهلية فان نقص الأهلية لا يحتج به الا القاصر ، أما الشرط المانع فمن المقرر أن المشترط له دائما الاحتجاج به على المشترط عليه(٦٦) •

٣ ـ وذهب رأى ثالث الى أن الشرط المانع من التصرف يرجع الى خروج الشىء عن دائرة التعامل • وقد رأينا ان هذا غير صحيح لأن ذلك لا يكون الا بنص القانون ثم ان المنع من التصرف لا يمنع من تأجير الشىء أو القيام بأعمال الادارة عليه فهو لم يخرج نهائيا من دائرة التعامل •

٤ ـ وذهب رأى الى أن الشرط لا يمكن رده الى أى من النظم القانونية المعروفة وأن له كيانا مستقلا فهو قيد اتفاقى يعدل من نظام

---

(٦٦) السنهورى : فقرة ٣٢٢ ـ ص ٥٢٢ ـ ص ٥٢٣ •

الملكية وأحكامها لتحقيق غرض مشروع . ويؤخذ على هذا الرأى انه يقرر الأمر الواقع ولا يقدم تفسيرا أو تكييفا له .

٥ — وذهب رأى الى أن الشرط يقع على الشىء فيجعله غير قابل للتصرف فيه . وقد أخذ على هذا الرأى انه لا يختلف عن القول بان الشىء يخرج عن دائرة التعامل فالأمر فى الحالين يحتاج الى نص تشريعى يقرر ذلك .

وفى ترتيب الجزاء على الشرط المانع من التصرف يرى البعض ان الجزاء انما يكون فسخ التصرف الذى تضمن الشرط على أساس ان المشترط عليه لم ينفذ الشرط . ولكن من الواضح ان ذلك قد يجاوز ما يقصد اليه المشترط فهو لا يريد أن يسترد الشىء محل التصرف ، وانما يريد فقط أن يمنع المشترط عليه من التصرف فيه . ولذلك يجب أن يكون الجزاء فى حدود هذا الفرض ، ويكفى لتحقيق قصد المشترط ابطال التصرف الذى يقع مخالفا للشرط . ولا تثور مشكلة اذا كان الشىء المشترط عدم التصرف فيه عقارا ، لأن انتقال ملكيته المقترنة بشرط المنع سوف يسجل فى السجلات العقارية الأمر الذى يسمح لكل من يتعامل بشأن هذا العقار أن يعلم بأمر الشرط المانع فاذا أقدم على التعاقد رغم ذلك فانه يعتبر سيىء النية .

أما اذا تعلق الأمر بمنقول ، فان الغير لا تتاح له وسيلة من وسائل العلانية ليعرف بأمر الشرط المانع[٦٧] ، ولذلك فان مشترى المنقول بحسن نية دون أن يعلم عند تلقيه ملكيته بما ورد من شرط مانع على التصرف

---

(٦٧) لا يتيسر العلم الا فى احوال نادرة كنظم المحل التجارى والسفينة والطائرة حيث توجد فى بعض الدول نظم لشهر التصرفات عليها.

فيه ، يكون فى نظرنا أجدر بالحماية القانونية من المتصرف الملتزم بالشرط
واذا كان بعض الفقه يعترض على ذلك بأن تملك المنقول بالحيازة لا بد
وأن يستند الى سبب صحيح وحسن نية ، فان العقد الذى تملك المنقول
بمقتضاه يكفى سببا صحيحا ، ولا يقدح فى ذلك انه صادر من مالك
وليس من شأنه أن ينقل الملكية لكون المالك ممنوعا من المتصرف فان
منع المالك هنا من التصرف يقتصر أثره على العلاقة بين المشترط والمشترط
عليه لكونه غير مشهر ، ولأن التصرفات تكون حجيتها قاصرة على أطرافها
ولا تكون حجة على الكافة الا عندما تتوافر وسائل العلم للكافة • وعلى
ذلك فان الشرط المانع الوارد على منقول لم ينظم المشرع وسيلة لشهره
يكون أثره قاصرا على علاقة أطراف التصرف المتضمن للشرط المانع ،
ولا يرتب فى مواجهة الغير أثرا ما • وعلى ذلك فان البيع الحاصل من
المشترط عليه يكون بيعا صادرا من مالك فيرتب نقل الملكية دون حاجة
الى الالتجاء الى فكرة السبب الصحيح[٦٨] •

٧٦ — ويترتب على وجود الشرط المانع الوارد على عقار محفظ أو
على منقول مشهر أن جميع التصرفات التى يأتيها المشترط عليه تكون
باطلة فيحق للمشترط أن يطعن فيها وللمشترط عليه نفسه وللغير الذى
قد يوضع الشرط لمصلحته وذلك سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا
وسواء كان بارادة منفردة أو بعقد • ولكن اذا كان التصرف مضافا لما
بعد الموت كالوصية ، وكان الشرط المانع الوارد فى سند ملكية الموصى
موضوعا لحمايته لايجاد مورد يعيش منه طول حياته فان الوصية تكون
صحيحة لأنها لا تتعارض مع الشرط ، أما اذا كان هدف المشترط هو
مصلحة المتصرف اليه وورثته من بعده فان الوصية عندئذ تكون مخالفة
للشرط •

---

(٦٨) قارن السنهورى : فقرة ٣٢٠ — ص ٥٢٠ •

المبحث الثالث

الملكية المعلقة على شرط(٦٩)

٧٧ — بينما فيما تقدم ان الملكية لا تقترن بالأجل الفاسخ لتنافى ذلك مع طبيعة الملكية ، فهى فى طبيعتها حق دائم ، والأجل وسيلة التأقيت فهو ينافى طبيعة الملكية .

وليس من الممكن أن يعلق نشوء الملكية على أجل واقف لأنه بالضرورة سيقابله بالنسبة لملكية الطرف الآخر أجل فاسخ وهو لا يجوز ووضع الملكية هنا يختلف عن الحالة التى يؤجل فيها الالتزام بالتسليم اذ ينشأ حق الملكية فى هذه الصورة ويكون المؤجل هو فقط تسليم الشىء أما الملكية فتنشأ منجزة لا مؤجلة .

٧٨ — والشرط على خلاف الأجل يمكن أن تعلق عليه الملكية ان واقفا وان فاسخا ، بل ان كلا النوعين يتوافران معا فى الملكية ويكاد لا يوجد أحدهما وحده . فاذا اتفقت مع شخص يقيم بطنجة على ان تشترى منه داره اذا انتقلت أسرتك الى هذه المدينة فقد أصبحت ملكيته هو معلقة على شرط فاسخ هو انتقال أسرتك الى مدينته ، وقد اكتسبت فى نفس الوقت ملكية معلقة على شرط واقف هو تحقق هذا الانتقال فعلا ، وعند تحقق الشرط أى انتقال أسرتك الى تلك المدينة تزول ملكيته المعلقة على شرط فاسخ ، وهى تزول بأثر رجعى يرتد الى وقت التعاقد فيعتبر انه خلال الفترة من تاريخ اتفاقك معه انه لم يملك داره . ويتحقق

---

(٦٩) (مازو) : فقرة ١٣٩٤ — ص ١٠٩٤ ، السنهورى : الوجيز — فقرة ٩٦٩ — ص ٩٧٠ .

الشرط كذلك تثبت لك ملكية الدار بأثر رجعى ، فتصبح مالكا من وقت التعاقد . ويترتب على ذلك أن التصرفات التى أجراها هو على داره فى فترة التعلق على الشرط تسقط ، والتصرفات التى أجريتها أنت عليها تثبت وتتأكد ، وفى فترة التعليق تكون تبعة الهلاك عليه هو لأنه مالك فعلا ويجنى ثمار العقار ، ويستطيع أن يمارس عليه عنصرى الاستعمال والاستغلال ولا تستطيع أنت أن تمارس شيئا من ذلك وان كان لك بلاشك أن تتخذ ما يلزم الأعمال التحفظية للمحافظة على حقك .

ولا شك فى ان الأثر الرجعى للشرط قد يضر بمصالح الغير ولكن هناك مخففات من نتائج الأثر الرجعى ، وهى ان التصرف ان ورد على عقار ، فالشرط سوف يكون مسجلا مع التصرف وفى ذلك حماية للغير الذى يتعامل على العقار ، وان كان التصرف واردا على منقول ، فان قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند الملكية كافية لحماية ملكية المتصرف اليه[٧٠] .

٧٩ — ويلاحظ أن التقادم المكسب يمكن ان يسرى — بحسب القانون الفرنسى — فى مواجهة المالك تحت شرط فاسخ ، ولا يمكن ان يسرى فى مواجهة المالك تحت شرط واقف الا بعد ان يتحقق الشرط .

والأمر كذلك فى القانون المصرى .

---

(٧٠) مازو : فقرة ١٣٩٩ — ص ١٠٩٦ ، واذا انتقلت ملكية المنقول الى شخص اخر استطاع ان يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية مادامت تقوم على سبب صحيح وحسن نية ، وبذلك حتى لو تحقق الشرط فلن يؤدى الى انتقال الملكية بعد أن اكتسبها شخص اخر بطريق قانونى ، ومن ثم ينحصر حق من كانت ملكيته معلقة على شرط واقف على مطالبة المالك السابق بالتعويض عما لحق به من اضرار من جراء تصرفه فى المنقول مخالفا اتفاقه معه .

ولما كانت الملكية المعلقة على شرط واقف تقابلها بالضرورة ملكية معلقة على شرط فاسخ ثابتة لشخص آخر فى نفس الوقت فان عدم سريان التقادم فى مواجهة من كانت ملكية معلقــة على شرط واقف لا يعنى ان العقار لا يتملك بالتقادم ، بل ان التقادم فى هذه الحالة يسرى ضد من كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ لأنه يعتبر هو المالك الحقيقى للعقار، فاذا اكتملت مدة التقادم قبل تحقق الشرط الفاسخ فان الملكية تزول عنه لاكتسابها بواسطة واضع اليد ولا تنتقل الملكية الى المالك تحت شرط واقف .

أما فى القانون المغربى ، فان حكم العقار يختلف عن ذلك فالعقار اذا كان محفظا لا يسرى التقادم ضده مالكه المسجل فى دفاتر التحفيظ العقارى ، وذلك طبقا للفصل ٦٣ من مرسوم ٩ رمضان ١٣٣١ (١٢ من أغسطس ١٩١٣) الخاص بالتحفيظ العقارى ونصــه : « ان التقــادم لا يكسب أى حق عينى على العقار المحفظ فى مواجهة المالك المسجل باسمه ولا يزال أى حق من الحقوق العينية المسجلة برسم المالك » .

٨٠ — واذا تخلف الشرط المعلقة عليه الملكية ، فلم تنتقل فى المثال المتقدم اسرتك الى مدينة طنجة، فان ملكيتك المعلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعى ، فتعتبر كأن لم تكن ، وملكية مالك الدار المعلقة على شرط فاسخ ، تتأكد وتصبح باتة ونهائية بأثر رجعى . أى ان ملكية مالم تثبت لك فى وقت ما ، وملكية الطرف الآخر لم تبرح ذمته فى وقت ما .

وبذلك تكون الملكية دائمة بفضل فكرة الأثر الرجعى ، ولا تجتمع ملكيتان نهائيتان على ذات الشىء فى نفس الوقت ، بل انه عند تأكــد احداهما تزول الأخرى وتعتبر كأن لم تكن من أول الأمر .

ويلاحظ أن أوصاف حق الملكية التى ذكرنا بعضها فيما تقدم يمكن

ان تجتمع كلها أو بعضها فى صورة واحدة ، ويمكن ان يكون وجود احدها مستبعدا الوجود باقيها • فيمكن ان تتحقق ملكية شائعة معلقة على شرط ، فاذا كانت الدار المزمع شراؤها فى مدينة طنجة لعدة ملاك ، وتم الاتفاق معهم على أن كل من ينتقل من اسرتك الى تلك المدينة يكون له حق شراء تلك الدار فان الملاك تكون ملكيتهم الشائعة معلقة على شرط فاسخ وتكون ملكية افراد اسرتك معلقة على شرط واقف ، فاذا انتقل جمع من افراد اسرتك وتملكوا تلك الدار ، نشأت ملكية شائعة جديدة باتة وزالت عن الملاك السابقين ملكيتهم الشائعة • وهكذا يمكن أن تجتمع وصفان فى صورة واحدة : الشياع والتعليق على شرط •

وقد يحدث العكس أى يؤدى وجود وصف الى استبعاد وجود وصف غيره • فمثلا اذا كانت الملكية الثابتة لمالك الدار فى المثال المتقدم ملكية مشترطا عدم التصرف فيها ، أى يوجد فى سندها شرط مانع من التصرف • فان هذا الشرط يستبعد وجود الصورة التى نحن بصددها : صورة تعليق الملكية على شرط لأن الشرط المانع لا يسمح بانتقال الملكية، والتعليق على الشرط يمكن ان يؤدى — عند تحقق هذا الشرط — الى انتقال الملكية خلافا للشرط • ولذلك فان التصرف المعلق على شرط اذا تعلق بعقار ، يقع باطلا لمخالفته للشرط المانع من التصرف • واذا تعلق بمنقول فانه يقتصر اثره على العلاقة بين من اشترط المنع من التصرف وبين مالك الشىء الذى خالف الشرط ، لأنه كما تقدم لا توجد وسيلة لشهر الشرط المانع المتعلق بالمنقول • ومن ثم تنشأ الملكية الملكية المعلقة على شرط واقف فى المنقول ، عند تحقق هذا الشرط رغم وجود الشرط المانع من التصرف • ولكن يبقى المتصرف خلافا للشرط مسئولا امام المشترط عن مخالفته للشرط ، ولا يبطل تصرفه فى المنقول الا اذا كان المتصرف اليه سيىء النية ، أى يعلم بوجود الشرط المانع من التصرف •

المبحث الرابع

ملكية الطبقات

٨١ — انتشرت ملكية الطبقات والشقق فى العمارات . لأن التوسع الافقى فى المبانى لم يعد يكفى حاجة الاسكان التى تضاعفت فى القـــرن الحالى خاصة فى المدن • فكان البديل لذلك هو التوسع الرأسى عن طريق الارتفاع بالمبانى الى طوابق عديدة يتضمن كل طابق شقة او عدة شقق •

وملكية الشقة او الطبقة ملكية مفرزة فيما يتعلق بالطبقة او الشقة ذاتها غير ان الارض المقام عليها البناء هى بالضرورة مشتركة بين ملاك الطبقات وكذا بعض اجزاء البناء كالاسطح والأفنية والمصاعد والممرات تكون مملوكة ملكية مشتركة او شائعة بحيث لا ينفـــرد بملكيتها ولا باستعمالها شخص معين من بين ملاك الشقق • فهذه الصورة تجمع بين ملكية مفرزة وملكية شائعة فى وقت واحد ولذلك صدرت تشريعات فى مختلف الدول تنظم ملكية الطبقات فى القانون المغربى ظهير ١٦ من نوفمبر ١٩٤٦ . وفى القانون المدنى المصرى المواد من ٨٥٦ الى ٨٦٩ ، (تقابلها فى القانون المدنى السورى المواد ٨١١ وما بعدها) •

والتنظيم التشريعى لملكية الطبقات فى المغرب يتعلق بالعقارات المحفظة دون سواها • ويملك كل من ملاك الطبقات شقته ، او طبقته ملكية خاصة ويملك فى الأجزاء المشتركة من العقار بنسبة قيمة طبقته أو شقته الى قيمة العقار وهذه ملكية شائعة ولا تمكن القسمة فيها لأن الشيوع هنا اجبارى ، كذلك ليس للمالك ان يتصرف فى نصيبه فيها الا بالتبعية للتصرف فى طبقته أو شقته وتعتبر من الاجزاء المشتركة الانابيب التى توصـــل

الضوء أو الغاز او الماء الى الشقق او الطبقات وهى تمر من طبقة الى طبقة اما الانابيب الموجودة داخل الشقة فملكيتها مفرزة لا شائعة . وفى هذه الأجزاء الشائعة يقوم كل مالك بممارسة حقه عليها فى الاستعمال فيما اعدت له ولكن بحيث لا يعوق استعمال الآخرين لحقوقهم وليس لأى من المالكين ان يعدل فى هذه الاجزاء المشتركة بغير موافقة شركائه جميعا أو على الأقل اغلبيتهم . والاغلبية هنا هى اغلبية أكثر من نصف أعضاء اتحاد الملاك ،وان تكون الاغلبية من بينهم هى ثلاثة ارباع اصواتهم أى أن الأغلبية مزدوجة ومتى توافرت هذه الأغلبية كان لطالب التعديل ان يجريه على نفقته ويجب ان تنجم عنه زيادة فى مجموع البناء او فى جزء منه اما نفقات الادارة والصيانة فتوزع بين الملاك بنسبة ما يملكه كل منهم ما لم يتفق على غير ذلك . ولكل مالك على طبقته أو شقته حق الاستعمال وحق الاستغلال بحيث لا يضر بغيره من الملاك . اما سلطة التصرف فيحد منها – حق الملاك الآخرين فى الأخذ بالشفعة (٧١) .

٨٢ – اتحاد ملاك الطبقات : يفرض القانون المغربى تكوين هذا الاتحاد بين الملاك بهدف حسن الادارة وحسن الانتفاع بالعقار فهذا الاتحاد له حق ادارة الأجزاء المشتركة ، وله وضع نظام يسير عليه ،واجراء تأمين مشترك ضد الاخطار التى تهدد العقار وخاصة خطر الحريق وله النظر فى تجديد البناء اذا هدم ، ومنح قروض للشركاء . ويعين للاتحاد مدير يتولى تنفيذ قراراته (٧١) .

---

(٧١) الكزبرى : ص ١٣٤ ، ص ١٣٨ . الكزبرى ص ١٣٨ ، ص ١٤٠

المبحث الخامس

الملكية الظاهـــرة

٨٣ ـ هناك كثير من الأوضاع التى تخالف الحقيقة ، يسلم بهـا القانون باعتبارها منشئة للحق ، لأنها هى الظاهرة امـــام الناس كافة ، ويعتقد الناس انها حقيقة ، فيجعل الوفاء الى الدائن الظاهر مبرئا للذمة، ويصحح تصرفات الوكيل الظاهر ، ويعترف بالتقادم المكسب منشئا لحق واضع السيد . ويؤسس الفقة هذه الاوضاع على القاعدة الرومانيـة Error communis facit jus ومعناها ان الخطأ الشائع يرتب الحق (٧٢)

والملكية أيضا يمكن ان توجد فيها حالات يظهر فيها شخص بمظهر المالك . ويخدع الناس فى مظهره • هذا بما يقدمه من مستندات تثبت ملكيته بينما حقيقة الامر انه غير مالك ، وان هناك مالكا حقيقيا لا يعرفه الناس ، فيقدمون على التعامل مع المالك الظاهر لا المالك الحقيقى •

والتسليم بوضع المالك الظاهر هو حرص على استقرار الاوضاع ، اذ بغير ذلك لا يقدم احد على التعامل الا بعد المطالبة بمستندات لا نهاية لها • ورغم ان هذا الوضع الظاهر يخالف قاعدة اساسية فى مجال الملكية وهى ان الشخص لا يستطيع ان يعطى مالا يملك ، الا ان الملكية لا تنتقل بارادة المالك الظاهر ، اذ الحقيقة انه غير مالك ــ وانما تنتقل بقوة القانون لان القانون هو الذى يرتب الأثر على الملكية الظاهرة(٧٣) •

---

(٧٢) مازو : فقرة ١٤٠٢ ص ١٠٩٨

(٧٣) مازو : فقرة ١٤٠٤ ص ١٠٩٩

٨٤ — والملكية الظاهرة كوصف من أوصاف الملكية متصورة في ملكية المنقول وفي ملكية العقار على السواء. الا انها في ملكية المنقول تنتقل في الحال من المالك الظاهر الى المتصرف اليه اذا اقترنت بالسبب الصحيح وحسن النية وقد تكفل المشرع المغربي بايجاد النص الذى يقرر ذلك ، وهو الفصل ٤٥٦ من تقنين الالتزامات والعقود الذى يجرى نصه بما يلي: يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات انه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح ، وعلى من يدعى العكس ان يقيم الدليل عليه . ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم او كان يجب ان يعلم عند تلقيه الشيء ان من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه .

ونص على نفس القاعدة المشرع المصرى في المادة ٩٧٦ مدنى التى تقول « من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته . فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها . والحيازة ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » .

اما العقار فان تملكه بالتقادم — باعتباره الوضع الظاهر — يقع بالمدة الطويلة في القانونين المصرى والفرنسى اذا كان وضع اليد مقترنا بسوء النية ، وبالتقادم القصير اذا كان مقترنا بسبب صحيح وحسن نية . أما في القانون المغربى فرغم ان المشرع تصور في تقنين الالتزامات والعقود امكان تحقق الملكية الظاهرة ، وامكان اكتساب الملكية الحقيقية بالتقادم فنص في الفصل ٣٨٤ على ان « انقطاع التقادم ضد الوارث الظاهر أو غيره ممن يجوز الحق يسرى على من يخلفه في حقوقه ». الا ان هذا الحكم تتعدى

تطبيقه على العقارات المحفظة لان الفصل ٦٣ من تشريع التحفيظ العقارى لا يسمح باكتساب اى حق عينى بطريق التقادم على عقار محفظ .

٨٥ — والملكيـة الظاهرة تختلف عن الحيـازة فالملكية الظاهرة أساسها اعتقاد الناس ان هذا الشخص مالك . وليس ظهوره هو بمظهر المالك . أما الحيازة فأساسها ان الشخص يظهر بمظهر المالك ، ولو كان الناس يعلمون انه غير مالك . والمالك الظاهر هو دائما مالك غير حقيقى ، أما الحـائز ففى الغالب يكون هو المالك الحقيقى . والملكية الظاهرة يقصد القانون من الاعتراف بها حمـاية من يتعـامل مع المالك الظاهر لا حماية هذا المالك . أما فى الحيازة فالحائز نفسه هو الذى يستفيد من نتائجها ومن الحماية المقررة لها(٧٤) .

٨٦ — وفى علاقة المالك الظاهر بالمالك الحقيقى لا يحمى القانون المالك الظاهر . فهو غير مالك . وانما يحمى المالك الحقيقى . فيلزم المالك الظاهر بأن يرد الى المالك الحقيقى الشيء الذى يملكه . فان كان قـد تصرف فيه الى الغير . فالقانون عندئذ يحمى هذا الغير ، ويكون على المالك الظاهر أن يؤدى الى المالك الحقيقى الثمن الذى تصرف به فيه ، واذا كان المالك الظاهر سيىء النية ألزم برد الثمار وبالتعويض(٧٥) .

---

(٧٤) مازو . فقرة ١٤١١ — ص ١١٠٩

(٧٥) مازو : فقرة ١٤٠٧ — ص ١١٠١

الفصل الخامس

القيود التى ترد على الملكية

٨٧ ــ عالجنا فيما تقدم الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وكيف ان هذا الحق أصبح يتقيد بقيود كثيرة ترد للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة • وأشرنا الى هذه القيود اجمالا وبالقدر اللازم لتوضيح معنى الوظيفة الاجتماعية ، ولكننا فى هذا الموضع تتناول أبرز هــذه القيود بدراسة مفصلة » •

والقيود التى ترد على حق الملكية تكون أحيانا قيودا على الاستعمال والاستغلال كالقيود المتعلقة بالجوار ، والقيود المتعلقة بالرى والصرف بين الأراضى المتجاورة والقيود المتعلقة بوضع الحدود وبفتح المطلات والمناور والقيود المتعلقة بفتح محلات مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة ، وتكون أحيانا قيودا على التصرف ، مثل القيود المتعلقة بعــدم جواز تملك الأجانب للاراضى الزراعية والقيود المتعلقة بالتصرف فى ملكيــة الأسرة •

٨٨ ــ والقيود الواردة على الملكية بهذا المعنى يجمع بينهــا انها تقرر باداة تشريعية • أما القيود التى تقرر بأداة اتفاقية فقد سبق أن تناولنا منها صورة الشرط المانع من التصرف، وهناك أيضا حقوق الارتفاق التى تنشأ باتفاق بين الجيران . وهذه سوف تتناولها مع سائر الحقوق العينية الأصلية فى الباب الثانى من هذا الكتاب •

---

(١) السنهورى : فقرة ٣٩٣ ــ ص ٦٣٨ ــ ص ٦٣٩ .

وتختلف القيود التى سنتناولها فى هذا الفصل عن حقوق الارتفاق، فى أن حقوق الارتفاق تتقرر على عقار المصلحة عقار آخر ، وتؤدى الى خروج العقارين معا عن النظام المألوف لحق الملكية ؛ فقد عرفنا أن الأصل فيه أن يكون خاليا من القيود الا مايقرره القانون . أما القيود التى نعنيها هنا فهى لا تخرج العقار عن نظام مألوف ، بل هى التنظيم المألوف لحق الملكية ، ولذلك لا تعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق[٢] .

ويترتب على ذلك ان حقوق الارتفاق تسقط بعدم الاستعمال ، أما القيود الواردة على حق الملكية فلا تسقط بعدم الاستعمال لأنها تنظم حقا دائما ؛ فلا بد أن تدوم بدوامه . وحقوق الارتفاق قد تكتسب بالتقادم المكسب ، أما هذه القيود فلا تكتسب بالتقادم المكسب ، لأن الاستفادة منها تعتبر رخصة من المباحات[٣] .

٨٩ — ورغم وضوح الفوارق التى أوردناها بين القيود الواردة على الملكية وبين حقوق الارتفاق ، فان التشريع المطبق على العقارات المحفظة ، قد أطلق على قيود الملكية تسمية : الارتفاقات القانونية (الفرع الثانى من القسم التاسع) .

وتناول تحت هذا العنوان : الجدران والحفر المشتركة ، ثم الأبعاد والمنشآت الثانوية ، ثم المطلات المشرفة على ملك الجار ، ثم سيل ميازيب السقوف ، ثم حق المرور .

غير ان هذه التسمية لا تغير من طبيعة القيود القانونية الواردة على الملكية[٤] وانما يمكن اعتبارها من قبيل ابراز بعض نواحى التشابه مع

---

(٢) السنهورى فقرة ٣٩٣ — ص ٦٣٨ — ص ٦٣٩ .
(٣) السنهورى : فقرة ٣٩٣ — ص ٦٤٠ .
(٤) ديكرو : ص ٣٦٠ .

حقوق الارتفاق الاتفاقية من حيث انها تثقل كاهل المالك مثلها . ويبقى مفهوما الى جانب ذلك ما ذكرناه من أوجه الاختلاف بينها(٥) .

وستقر دراسة القيود الواردة على حق الملكية على علاقات الجوار فنقسمها الى المباحث التالية :

المبحث الأول : القيود المتعلقة بالضرر غير المألوف .

المبحث الثانى : القيود المتعلقة بالتلاصق فى الجوار .

(٥) وهذا الخلط مصدره القانون المدنى الفرنسى ، وقد وقع فيه كذلك المشرع السورى فى التقنين المدني السورى ، والحقيقة ان هذه القيود « ليست من قبيل الارتفاقات الحقيقية ، بل هى تشكل التزامات يخضع لها الملاك المجاورون على حد سواء وتؤلف اعباء تقع على العقارات المجاورة بصورة متبادلة ينتفى معها وجود عقار خادم وعقار مخدوم » الكزبرى : ص ٨٦ .

المبحث الأول

القيود المتعلقة بالضرر غير المألوف

٩٠ ـ تقضى المادة ٨٠٦ مدنى مصرى بأن : « على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية[1] » .

وتقضى المادة ٨٠٧ مدنى مصرى كذلك بما يلى :

١ ـ على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار .

٢ ـ وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف . على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحول

---

(١) تقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
ـ فى القانون السورى : المادة ٧٧٣ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون الليبى : المادة ٨١٥ مدنى مطابقة
ـ فى القانون العراقى : لا مقابل له ولكنه متفق مع القواعد العامة فيه
ـ فى القانون اللبنانى : لا مقابل له ولكنه متفق مع القواعد العامة فيه
وانظر السنهورى ص ٦٤٢ هامش رقم ٢ .

الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق[٢] » .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ٩١ من تقنين الالتزامات والعقود على أن : « للجيران الحق فى اقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة بطلب اما ازالة هذه المحلات واما اجراء ما يلزم فيها من التغيير لرفع الأضرار التى يتظلمون منها . ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى » .

---

(٢) يقابل هـذا النص فى التقنينات العربيـة الأخـرى ما يلى من النصوص :

ــ فى القانون السورى : المادة ٧٧٦ مدنى مطابقة .

ــ فى القانون الليبى : المادة ٨١٦ مدنى مطابقة .

ــ فى القانون العراقى : توجد احكام متفقة مع هذا النص : فالمادة ١٠٥١ مدنى عراقى تنص على ما يلى :

١ ــ لا يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا . والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا او قديما .

٢ ــ وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو اعمال اخرى تحدث فى العين المجاورة ، أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضى ، وله ايضا ان يطلب وقف الأعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فى النزاع .

٣ ــ واذا كان احـد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخـر واحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه .

وفى القانون اللبنانى : لا مقابل له ، وهو لا يتعارض مع القواعد العامة ، بالاضافة الى ان المادة ٦٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى تنص على انه : « يتحتم على كل صاحب عقار يريد أن يباشر فى ارضه أعمالا من شأنها أن تلحق ضررا بالأراضى المجاورة كالنقب والسير والحفر واقامة مشروعات خطرة او مزعجة او مضرة بالصحة ، أن يتقيد بالأنظمة المحلية التى تحدد المسافة الواجب حفظها بينه وبين تلك الأراضى أو تعين الحواجز الواجب اقامتها بينهما » انظر السنهورى ٦٨٦ هامش رقم ١ .

وينص **الفصل ٩٢ من** تقنين الالتزامات والعقود كذلك على ما يأتى:

« **ومع ذلك لا يحق للجيران أن يطلبوا** ازالة الأضرار الناشـئة عن **الالتزامات العادية للجوار ، كالدخان الذى** يتسرب من المداخن ، وغيره من المضار التى لا يمكن تجنبها والتى لا تتجاوز الحد المـألوف » .

لا شك فى أن مالك العقار يكون مسؤولا نحو جيرانه اذا ارتكب خطأ سبب لهم ضررا وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية . وهـذا الخطأ قد يكون فعلا مخالفا للقوانين واللوائح ، كما اذا قام المـالك بفتح محل مقلق للراحة فى ملكه دون ترخيص من الجهـات الادارية ، وقـد لا يخالف قانونا أو لائحة وانما ينحرف فى استعمال حق الملكية عن سلوك الشخص المعتاد ، فيصيب الغير بضرر نتيجة لذلك ، فتترتب مسؤليته ، كما اذا أكثر من استخدام فيلا يسكنها فى حى هادىء للحفلات الصاخبة والمجون[٣] .

ولاشك أيضا فى أن المـالك يكون مسئولا اذا تعسف فى استعمال حقه . والتعسف فى استعمال الحق فىالقانون المصرى له صور ثلاثأوردتها المـادة الخامسة من التقنين المدنى التى تقول : « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ،

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(جـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

---

(٣) السنهورى : الفقرتان ٤٢١ و ٤٢٢ ص ٦٨٧ — ص ٦٨٨ .

فاذا توافر فى أفعال المالك حالة من هـذه الحالات الثلاث اعتبر متعسفا فى استعمال حق ملكيته فاذا كان قد أقام حائطا فى أرض فضاء يملكها لمجرد أن يحجب الهواء والضوء عن دار مجاورة . فهو لا يقصد سوى الاضرار بالغير . واذا كان له حائط يستتر به جاره فشرع فى هدمه لمجرد أن يبيعه أنقاضا . فان المصلحه التى يرمى الى تحقيقها هنا قليله الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها فيعتبر الأمر متعسفا فى استعمال حق ملكيته .

واذا كان يبنى أعمدة فى أرضه المجاوره لأحد المطارات ويقيم حولها أسلاكا شائكة مرتفعة بقصد بيع أرضه بسعر مرتفع لتضم الى أرض المطار . أو بقصد جعل هبوط الطائرات محفوفا بالمخاطر . فانه يسعى الى تحقيق مصالح غير مشروعة فيعتبر متعسفا فى استعمال حقه .

وفى القانون المغربى يقرر الفصل ٩٤ من تقنين الالتزامات والعقود أحكام التعسف فى استعمال الحق فيقول « لا محل للمسؤولية المدنية اذا فعل شخص بغير قصد الاضرار ما كان له الحق فى فعله . غير أنه اذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدى الى الحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو ازالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق ، فان المسؤلية المدنية تقوم اذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لايقافه » . وطبقا لهذا النص ، اذا توافر قصد الأضرار فذلك تعسف فى استعمال الحق ، واذا كان من شأن مباشرة الحق الحاق ضرر فادح بالغير ، بينما يمكن تجنب هذا الضرر أو ازالته من غير أذى جسيم يلحق صاحب الحق ، فان صاحب الحق الذى لا يقبل منع أو ايقاف الضرر يكون متعسفا فى استعمال حقه ، وهذه الحالة هى بعينها حالة المصالح قليلة الأهمية التى لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها التى سبق ذكرها فى نص القانون المدنى المصرى . كذلك نجد فى القانون المغربى

اعتبار حالة السعى الى تحقيق مصالح غير مشروعة تعسفاً أسوة بما هو متبع فى القانونين الفرنسى والمصرى ، بل ان القضاء الفرنسى قد أقر صور التعسف دون وجود نص يعددها . وصور التعسف فى استعمال الحق جميعها ترتب مسئولية المالك تجاه جيرانه المضرورين .

غير أن أضرار الجوار غير المألوفة تختلف عن صور الخطأ والتعسف فى استعمال الحق ، فالفرض فيها أن المالك لم يرتكب خطأ ، وانما هو يمارس حقه . وفى حدود هذا الحق فعلا دون مجاوزة . وهو لا يقصد الاضرار بغيره . ولا يسعى الى غرض غير مشروع ولا يسعى الى مصالح قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ومع ذلك فهو فى استعماله لحقه استعمالا مشروعا يصيب جيرانه بأضرار مألوفة ، أى بأضرار تجاوز الحد المألوف أو المعتاد الذى يتحمله الجيران عادة من بعضهم البعض .

فهناك اذن أضرار تعتبر مألوفة لا ترتب مسئولية ، ولكنها تدخل فى الاستعمال العادى لحق الملكية . فان كان المالك يخرج الى عمله مبكرا ويدير سيارته ، ويغلق أبواب داره ويمضى . فليس فى هذا ضرر غير مألوف للجيران حتى لو كان خروجه فى هذا الوقت يوقظهم من نومهم، فهذا ضرر مألوف . كذلك ما يقوم به الجيران فى الأفراح من دق الدفوف وعزف الموسيقى واطلاق صيحات الابتهاج يعتبر ضررا مألوفا . وكذا ما يقع منهم فى المآتم يعتبر ضررا مألوفا . ليس للجيران أن تعترض عليه . واذا كان للجار أن يعترض على كل حركة يقوم بها جاره . فان أحدا لن يستطيع أن يستعمل ملكه .

وفكرة الضرر غير المألوف تعتبر معيارا مرنا للمسئولية ، يمكن أن يواجه مختلف الظروف والأحوال. وهومعيار موضوعى لا شخصى[٤]، فتقدير الضرر انما يكون تقديرا موضوعيا in abstracto بحسب ما يتحمله الشخص العادى فى ظروف الحال . فاذا كان الشخص العادى يتحمل القدر الحاصل من الازعاج أو الضرر فلا مسئولية على المالك الذى أحدثه .

واذا كانت ظروف الجار تختلف عن الشخص العادى لشدة حساسيته أو حاجته الشخصية الى الهدوء للاستغراق فى التفكير أو ما الى ذلك . فان الضرر لا يقدر عندئذ تقديرا شخصيا أو ذاتيا in concreto فهذه الظروف لا تدخل فى تقييم الضرر غير المألوف . ولا شك فى أن المعايير الموضوعية أصلح وأكثر انضباطا كمعايير قانونية ، أما المعايير الشخصية فقد تصلح فى مجال قواعد الأخلاق أكثر ، فيكون على الجار نحو جاره واجب أدبى بأن يراعى اللياقة والذوق والمجاملة المناسبة نحو جيرانه .

ومن الاعتبارات التى تساعد على تحديد أدق للضرر غير المألوف. أن يراعى فى تقديره : « العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له [٥] » .

فالعرف يمكن أن يبين لنا ما اعتاد الناس أن يتحملوه فيعتبر ضررا مألوفا ، وما يزيد عن ذلك فلا يحتمل فيكون غير مألوف. وكثيرا ما يختلف العرف فى ذلك فى القرى عنه فى المدن .

---

(٤) السنهورى : فقرة ٤٢٩ — ص ٦٩٧ .

(٥) هذه العبارة جزء من النص المصرى الذى سبق ذكره .

وطبيعة العقارات أيضا تؤخذ فى الاعتبار عند تحديد الضرر غير المألوف فليس لصاحب المقهى أن يعترض على الضوضاء الصادرة عن المقاهى والحوانيت المجاورة ، لأن طبيعة العقار تسمح بتحمل مثل هذه الضوضاء . أما سكان الأحياء الراقية الهادئة فلا يتحملون الضوضاء .

وموقع العقار بالنسبة لغيره من العقارات له كذلك دخل فى تحديد مدى الضرر الذى يسأل عنه المالك . فاذا ملك شخص الطابق الأسفل فى مبنى وملك آخر الطابق العلوى ، فان صاحب السفل بحكم موقعه لابد وأن يتحمل بعض الأضرار من صاحب العلو .

كذلك العقار المخصص لنشاط تجارى أو صناعى يتحمل من الضوضاء ما لا تتحمله المساكن المخصصة للاقامة الهادئة(٦) .

وهذه الاعتبارات وان لم ترد فى النص المغربى الا أنها بلا شك مما يمكن أن يسترشد به القضاء المغربى عند تطبيق الفصلين ٩١ و ٩٢ من تقنين الالتزامات والعقود .

٩١ — طبيعة المسئولية عن الأضرار غير المألوفة : لم يتضمن القانون المدنى الفرنسى نصوصا شبيهة بالنصوص المصرية والنصوص المغربية فى مسألة الأضرار غير المألوفة ، فاجتهد القضاء الفرنسى من قبل حتى وصل الى نفس الحلول التى رأيناها . واختلفت وجهات نظر الفقه فى تأصيل هذا القضاء واسناده الى أساس قانونى معروف . ومن الآراء التى سيقت فى هذا الصدد فى الفقه الفرنسى :

١ — يذهب رأى الى أن مسئولية المالك أساسها الاثراء على حساب الغير . فالمالك المسئول قد أثرى على حساب الجار ، والجار قد افتقر

(٦) السنهورى : فقرة ٤٢٩ — ص ٦٩٨ — ص ٦٩٩ .

بقدر الضرر الذى أصابه ، فيلتزم لذلك المـالك بأن يرد اليه أقل القيمتين: الاثراء والافتقار .

ولكن اعترض على هذا الرأى بأنه اذا كان هناك افتقار مؤكد فليس حقا أن المـالك قد أثرى وليس محققا كذلك أن افتقار الجار هو سبب اثراء المـالك[٧] .

٢ ـ يذهب رأى ثان الى أن مسئولية المالك أساسها حالة الضرورة. فأن تحمل المضايقات والمتاعب التى لا تجاوز الحد المـألوف يعتبر ضرورة وهذه الضرورة تقدر بقدرها ، فاذا جاوز المـالك ذلك الى أضرار تزيد عن الحد المـألوف ، فقد تجاوز حد الضرورة ويعتبر فعله خطأ موجبا للتعويض[٨] . ولكن هذا الرأى يفترض أن هنـاك ضررا كبيرا تفاداه المـالك بارتكاب ضرر أقل لأنه كان مضطرا الى ذلك بسبب حالة الضرورة فان معنى هذا أن يتحمل صاحب الضرر الأقل ما أصابه ، وأن تكون له دعوى قبل من أنقذ ماله على أساس الفضالة أو الاثراء بلا سبب[٩] . وهذا غير متوافر فى حالة الأضرار المجاوزة للحد المـألوف . فليست هذه هى شروطها .

٣ ـ ويذهب رأى ثالث الى أن مسئولية المـالك الالتزام بالجوار وهو التزام قانونى يستخلص من بعض نصوص القانون المدنى الفرنسى ؛ فالمـادة ٦٥١ منه تنص على أن « يخضع القانون الملاك لالتزامات مختلفة بعضهم نحو بعض دون أن يكون هناك أى اتفاق فيما بينهم » وتشير

---

(٧) و (٨) السنهورى جـ ٨ ـ ص ٧٠٣ هامش رقم ١ .

(٩) Jean CARBONNIER : Droit civil, les obligation Paris 1972. (Coll. Themis), no. 95, p. 339.

المادة ١٢٧٠ الى « الالتزامات التى تنشأ دون ارادة الملتزم كالالتزامات التى تقوم فيما بين الجيران » •

ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن هذه النصوص أو غيرها لا تقرر التزاما بعدم احداث الضرر غير المألوف •

٤ — ويذهب رأى رابع الى أن أساس مسئولية المالك هو التعسف فى استعمال الحق اذ يتحقق التعسف عندما يكون الضرر غير مألوف • ولكن أخذ على هذا الرأى أن الضرر غير المألوف ليس صورة من صور التعسف فى استعمال الحق ، بل هو صوره مستقلة تجعل المالك مسئولا دون وقوع خطأ منه •

٥ — ويذهب رأى خامس الى أن مسئوليه المالك أساسها نظرية تحمل التبعه . وأساسها أن الغرم بالغنم . فهو يستفيد من ملكه فيغنم فيجب بالتالى أن يتحمل الغرم الذى سببه لغيره نشاطه غير العادى الذى ألحق ضررا غير مألوف بهذا الغير •

فهذه المسئولية ينظر فيها الى الضرر ولا يلزم أن ينتج عن خطأ • وقد انتقد هذا الرأى فى فرنسا لأن المسئولية فى القانون المدنى الفرنسى مسئولية خطئية ، والمسئولية على أساس تحمل التبعة لابد من وجود نص يقررها . ولا يوجد ثمة هذا النص •

٦ — ويذهب رأى سادس الى أن أساس مسئولية المالك هو الغلو فى استعمال حق الملكية . اذا ترتب عليه ضرر غير مألوف للجار • فالغلو مع الضرر غير المألوف يرتب مسئولية المالك • أما الغلو الذى يسبب ضررا عاديا فلا يسأل المالك عنه • ويبرر ذلك بأن المالك الذى يؤدى غلوه الى الضرر غير المألوف يجب عليه أن يعوض جاره . فاذا لم يعوضه

عن هذا الضرر كان مخطئا • وهذا الخطـأ هو أساس مسئوليته ، ولكن أخذ على هذا الرأى أن عدم التعويض لا يعتبر خطأ الا اذا كان هناك التزام بالتعويض أصلا • وهذا هو ما يدور البحث حوله : من أين يأتى الالتزام بالتعويض ؟ فهذا الرأى يوصـل الى نتيجة هى نفسها المقدمة التى نبحث عن تأصيلها • فهو يدور بنا فى حلقة مفرغة • ومن ناحية أخرى لو كان هناك التزام بالتعويض لوجب أن يوجد نص قانونى يفرضـه ، ولا يوجد فى القانون الفرنسى هذا النص •

أما فى القانون المصرى والمغربى حيث يوجد فعلا هذا النص ، فان مشكلة التكييف تكون أيسر حلا منها فى القانون الفرنسى الذى ينقصه النص •

فالضرر غير المـألوف لا يرتكز على خطأ ، لأن وجود الخطأ يحرك قواعد المسئولية التقصيرية فتنطبق ، وهو لا يرتكز على تعسف فى استعمال الحق لنفس السبب •

وعلى ذلك فان النصين المصرى والمغربى ينشئان مسئولية قائمة على تحمل التبعـة ، ركنها توافر الضرر غير المـألوف الذى يعتبر غلوا فى استعمال حق الملكية[١٠] •

٩٢ ـ الجزاء على الضرر غير المألوف :

قد يكون متيسرا ازالة الضرر غير المـألوف ، وعندئذ تقضى المحكمة بازالته بنـاء على طلب الجار •

---

(١٠) انظر فى مناقشة الآراء المتقدمة وتقرير هذه النتيجة السنهورى الفقرات من ٤٣٢ . الى ٤٣٧ ـ ٢ ٧ ص ٧٠٨ .

ويمكن أن تفرض المحكمة غرامة تهديدية على المـالك عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتخلف فيه عن ازالة هذا الضرر . ولكن الازالة تتعلق بالمستقبل ، أما الأضرار التى لحقت الجار فى المـاضى ، فهو يستحق عنها تعويضا نقديا .

أما اذا تعـذر ازالة الضرر غير المـألوف ، فان الأمر ينحصر فى التعويض عنه. ويمكن اذا كان الضرر متجددا أن يكون التعويض مقدرا بمبلغ معين عن كل مدة يقع فيها الضرر(١١) .

ولا يمنع من ازالة الضرر والتعويض عنـه أن يكون الضرر غير المـألوف يتمثل فى محل مقلق للراحة ، قد صدر ترخيص من جهة الادارة بفتحه ، فالترخيص الادارى ينفى عن صاحب المحل المسئولية الجنـائية ، فلا يعاقب بسبب افتتاح المحل بغير ترخيص . ولكن هذا الترخيص لاينفى عنه المسـئولية المدنية ، فيلزم بالتعويض رغم الترخيص له فى افتتـاح المحل ، ويمكن أن يلزم باغلاقه . وهذا الحل مقرر بالنص فى القـانونين المصرى والمغربى ، أما فى القـانون الفرنسى فهو يلقى اعتراضات لأن القضاء العادى لا يملك أن يلغى قرارا اداريا يرخص بافتتاح المحل. ولكن يجب أن يلاحظ أن المحل المرخص به اذا كان قائما فى تلك الجهة قبل أن يبنى فيها الجيران الآخرون دورهم ، فانه لا يقضى بازالته ولا يتحمـل بتعويض لهم ، لأنهم قد ارتضوا هذا الضرر غير المـألوف ، وكانوا على بصيرة منه قبل اقامة مبانيهم . أما اذا كان هذا المحل لاحقا على وجود المبانى المجاورة ، فيمكن ازالته أو الزام مالكه بالتعويض .

---

(١١) السنهورى ، الفقرات ٤٢٨ – ٤٤٠ ص ٧٠٨ ص ٧١٠ .

ولكن القضـاء الفرنسى لا يرضى بهـذا الحل لأن الجيران الذين استجدوا قد لا يكونون على علم بالضرر غير المـألوف من قبل فلا يصح افتراض علمهم به ، وقد يكون الضرر مألوفا ، ثم يتفاقم ويصبح غير مألوف ، وحتى لو كانوا يعلمون أن الضرر غـير المـألوف موجود ، فان قبوله لا يكون خطأهم وحدهم ، بل يمكن اعتباره خطأ مشتركا بين الجيران والمالك ، وتطبق قواعد المسئولية عن الخطأ المشترك[١٢] .

وينص الفصل ١٣٦ من تشريع العقارات المحفظة على : « أن من يقوم بحفر بئر أو مرحاض قرب جدار مشترك أو غير مشترك ومن يريد أن يبنى هناك مدخنة أو مصطلى أو محلا للحدادة أو فرنا أو مطبخا أو أن يسند عليه حظيرة للماشية أو يقيم بجانب هذا الجدار مخزنا للملح ، أو أكداسا من المواد الأكالة يجب عليه أن يبتعد عن الجدار بالمقدار المقرر بالضوابط والاعراف الخاصة بهذه الأشياء أو أن يقيم المنشآت المقررة بنفس الضوابط والاعراف تفاديا للأضرار بالجار » .

ويقرر الفقه أن مراعاة المسافات والقيود التى يتضمنها هذا النص ، لا يمنع الجيران اذا ترتب لهم ضرر غير مألوف من المطالبة بازالة هـذه المنشآت أو بادخال ما يلزم عليها من التغيير[١٣] .

---

(١٢) السنهورى : الفقرتان ٤٣٠ و ٤٣١ — ص ٦٩٩ — ٧٠٢ .
(١٣) الكزبرى : ٩١ .

المبحث الثاني

القيود المتعلقة بالتلاصـق في الجوار

٩٣ ــ تناول المشرع المغربى الارتفاقات العقارية فى القسم التاسع من تشريع العقارات المحفظة ، وقسمه الى ثلاثة فروع : الأول للارتفاقات الناشئة عن وضعية الأماكن ، والثانى للارتفاقات القانونية ، والثالث للارتفاقات المقررة بفعل الانسان • وقد تقدم أن هذا النوع الأخير هو الذى يعتبر حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح • أما النوعان الآخران فهما من قيود حق الملكية ، وهى قيود تقررت بسبب التلاصق فى الجوار • ولذلك سنتناول دراسة هذه القيود فى خمس مطالب حسب الترتيب التالى :

المطلب الأول : فى القيود الناشئة عن وضعية الأماكن ووضع الحدود •

المطلب الثانى : فى الجدران والحفر المشتركة •

المطلب الثالث : فى المطلات المشرفة على ملك الجار •

المطلب الرابع : فى ميازيب السقوف •

المطلب الخامس : فى حق المرور •

المطلب الأول

القيود الناشئة عن وضعية الاماكن ووضع الحدود

٩٤ ــ كانت المادة ١١٧٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى تنص على أن :

« على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح أن تنزل فى أرضه المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضى المرتفعة عنها كمياه الأمطار ، وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء ، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك » ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه فى مصر ، حيث يقل نزول الأمطار • ومع ذلك يقرر الفقه أنه يمكن كسب حق ارتفاق بصرف مياه الأمطار ونحوها فى أرض الجار بطريق الاتفاق أو بطريق تخصيص المالك ، ويمكن كسبه بالتقادم اذا وجدت علامات ظاهرة لاستعمال هذا الحق [١٤] •

٩٥ ــ وينص الفصل ١١٠ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على أن الأراضى الواطئة مسخرة تجاه الأراضى التى تعلوها لتلقى المياه التى تسيل منها سيلا طبيعيا من غير أن تسهم يد الانسان فى اسالتها • لايجوز بحال لصاحب الأرض الواطئة أن يقيم سدا يمنع سيل الماء • لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد عبء الارتفاق على الأرض الواطئة »•

---

(١٤) السنهورى : فقرة ٤٥٢ ــ ص ٧٣٥ ، وهامش رقم ٢ بصفحة ٧٣٥ .

وينص الفصل ١١١ من نص التشريع على أنه : « لكل مالك الحق في استعمال مياه المطر النازلة في أرضه والتصرف فيها . واذا كان استعمال تلك المياه والاتجاه المعطى لها يزيد عبء الارتفاق الطبيعي لسيل المياه المبين في الفصل أعلاه فان لصاحب الأرض الواطئة الحق في التعويض » .

وينص الفصل ١١٢ من نفس التشريع على أنه : « يجوز لكل مالك أن يسور أرضه وذلك باستثناء الحالة المقررة في الفصل ١٤٢ الآتي بعد » . ويشير النص الى الاستثناء الخاص بتقرير حق المرور .

وواضح مما تقدم أن الفصل ١١٠ من تشريع العقارات المحفظة المغربي يوافق تماما نص المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري . وتتلخص أحكامها في التزام مالك الأرض المنخفضة بألا يمنع المياه التي تسيل سيلا طبيعيا من الأرض العالية من أن تمر في أرضه ، وليس له أن يقيم مانعا يحول دون مرورها . ولكن اذا كانت هذه المياه تسيل من الأرض العالية بفعل الانسان لا بطريقة طبيعية ، فان مالك الأرض المنخفضة يملك عندئذ أن يمنعها وأن يلزم صاحب الأرض العالية بالامتناع عن ذلك [١٥] . كذلك اذا كانت المياه تسيل من المرتفع سيلا طبيعيا ولكن صاحب الأرض العالية زاد على ذلك أعمالا تزيد من العبء الذي تتحمله الأرض المنخفضة ، فان لمالك الأرض المنخفضة أن يطلب الزام صاحب الأرض العالية بالامتناع عن هذه الأعمال ، وبالتعويض عن الأضرار التي تسبب تقله عنها . وقد جاء حق التعويض في الفصل ١١١ من تشريع العقارات المحفظة الذي يعطي لكل مالك حق الاستعمال وحق التصرف

---

(١٥) وفي هذه الحالة يمكن ان يتفق المالكان على انشاء حق ارتفاق لصرف المياه الزائدة . ولا يتعلق الامر عندئذ بقيد قانوني ، وانما هو اتفاق انشا ارتفاقا فتنطبق عليه احكام الارتفاقات الاتفاقية التي سيأتي ذكرها .

فى مياه المطر التى تنزل فى أرضــه ، ويفرض ألا يكون من شــأن حق الاستعمال ، وطريقة توجيه الميــاه فى أجزاء الأرض ، ما يزيد من العبء على الأرض المنخخفضــة ، فان ترتب ذلك وجب التعويض • وأســاس التعويض هنا هو مخالفة نص قانوني ، والمسئولية الناشئة فى هذه الحالة هى مسئولية تقصيرية ، وليست مسئولية عن ضرر غير مألوف •

وأخيرا يقرر الفصل ١١٢ من تشريع العقارات المحفظة حق المــالك فى اقامة ســور حول أرضه ، ويستثنى من ذلك حالة تقرير حق مرور لمــالك أرض معزولة ، فيجب تدبير الطريقة التى يمر بها خلال السور • وقد يكون التسوير ببناء حائط ، أو بزراعة أشجار عالية أ وباقامة أسلاك شائكة أو حواجز خشبية أو غير ذلك •

٩٦ ــ وضع الحدود : le bornage وتثير مسألة تسوير الأرض مشكلات عديدة بين الجيران من كل الجهات ، فيدعى بعضهم أن البعض الآخر قد تعدى على جزء من أرضــه • ولذلك يجب التحديد أى تعيين الحدود ووضع الفواصل بين الأراضى المختلفة •

والتحديد يمكن أن يتم باتفاق الملاك المتجاورين ، ويعتبر اتفاقهم ملزما لهم ، ويصلح سندا يتم على أساسه تسجيل أراضيهم •

وقد يختلف الملاك فيلجأون الى المحكمة لتعيين الحدود ، ودعوى التحديد لا تسقط بالتقادم ، كما لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم ، لأنهما تحميان حقا دائما لا يقبل التأقيت ، وتعتبر دعوى التحديد دعوى عينية عقارية •

وقد يتم التحديد عن طريق المصلحة المكلفة بالتحفيظ العقارى ، عندما يتقدم شخص بطلب تسجيل أرضه ، فتثور مشكلة التحديد مع الأراضى المجاورة ، ويتعين حسم الخلافات بهذه المناسبة حتى يتم التسجيل ويصبح نهائيا وملزما للجميع . وتوجد اجراءات مفصلة نص عليها تشريع التحفيظ العقارى فى هذا الشأن وسوف تتناولها بالبحث فى الباب الثالث الخاص باجراءات التحفيظ والتسجيل العقارى .

المطلب الثانى

الجـدران والحفـر المشـتركة

٩٧ ــ الحائط المشترى والحائط الفاصل : الواقع أن الحوائط المشتركة بين الأملاك المتجاورة تعتبر نوعا من الملكية الشائعة وكذا الطريق المشترك والبئر المشتركة والحفر المشتركة ، والقنطرة المشتركة ، والفناء المشترك . ولكن الشيوع فى أغلب هذه الأحوال يكون اجباريا ، لايجوز فيه طلب القسـمة ، لأن الشىء محل الشـيوع أعد للاستعمال المشترك وليبقى دائما على الشيوع .

وعلى خلاف ذلك الحائط الفاصل فهو مملوك ملكية خالصة لمـالك معين وكثيرا ما يثور الخلاف حول الحائط هل هو مملوك على الشيوع أى حائط مشترك mur mitoyen أم هو مملوك ملكية خاصة لمـالك عقار واحد فيكون حائطا فاصلا mur séparatif . ولحل هذا الخلاف وجدت نصوص تشريعية تحسمه هى ما تنتقل الى بيانه الآن .

٩٨ ــ تنص المـادة ٨١٧ مدنى مصرى على أن : « الحائط الذى يكون فى وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفترقهما ما لم يقم الدليل على العكس[١٦] » .

---

(١٦) يقابل هـذا النص فى التقنينات العربيـة الأخرى ما يلى من النصوص :
- فى القانون الليبى المادة ٨٢٦ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى المادة ١٠٩١ مدنى مطابقة .
- فى القانون السورى لا مقابل له ، ويؤخذ به كقرينة قضائية .
- فى القانون اللبنانى لا مقابل له ، ويؤخذ به كقرينة قضائية .

انظر : السنهورى : ص ٩٩١ ــ هامش رقم ١ .

وفى القانون المغربى يقضى الفصل ١١٦ من تشريع العقارات المحفظة بأن :

« كل جدار يفصل بين بناءين الى نهاية خط الاشتراك أو بين بناءين أو حديقتين وحتى بين أبواب الحقول يعتبر مشتركا الا اذا وجد سند أو علامة تخالف ذلك سواء فى المدن أو فى البوادى » .

ويعتبر الفصل ١١٧ « من علامة عدم الاشتراك أن يكون أعلى الجدار مستقيما وعموديا من جهة ومنحدر من الجهة الأخرى .

« كذلك أيضا عندما يوجد من جهة واحدة فقط طنف أو نقوش ونواتىء حجرية تكون قد وضعت عند بناء الجدار .

« وفى هذه الحالة يعتبر الجدار خاصا بالمالك الذى وجد من جهته الانحدار أو تلك النواتىء والنقوش » .

وتتفق النصوص المتقدمة فى وضع قرينة على الاشتراك فى ملكية الجدار أو الحائط فهى تعتبر الحائط مملوكا ملكية مشتركة طالما أنه يفصل بين عقارين . غير أن شروط الملكية تختلف :

فالقانون المصرى (ومثله الليبى والعراقى) يشترط أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين . فاذا لم يكن فاصلا الا بين أرضين أو كان فاصلا بين أرض وبناء فلا يعتبر مشتركا . ويشترط كذلك أن يكون فاصلا بين البناءين منذ انشائه فاذا كان هناك بناء واحد اعتبر الحائط جزءا منه .

ويعتبر الحائط مشتركا الى مفرق البناءين ، فاذا كان أحدهما يرتفع عشرين مترا والآخر يرتفع خمسة وعشرين مترا ، كان الجدار مملوكا ملكية مشتركة لغاية العشرين مترا ، ومملوكا ملكية خاصة فى الخمسة

الأمتار الباقية لمـالك العقار الأعلى • وهذه القرينة قابلة فى القـانون المصرى لاثبات العكس ، فيستطيع مالك أحد البناءين أن يثبت أنه مملوك له ملكية خاصة [١٧] •

أما فى القانون المغربى فيلاحظ بصدد اعمال هذه القرينة ما يلى :

أولا : لا يلزم أن يكون الجدار فاصلا بين بنـاءين ، بل يكفي أن يكون فاصلا بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين ، سواء كانا بناءين، أو بناء وأرضا أو حديقتين أو حقلين •

ثانيا : لا يلزم أن يكون الجدار فاصلا بين العقارين منذ انشـائه فهذا الشرط لم يذكره الفصل ١١٦ من تشريع العقارات المحفظة •

ويعتبر الحائط مملوكا ملكية مشتركة الى نهاية خط الاشتراك أى الى مفرق العقارين • وما زاد عن ذلك يكون لمـالك البناء الأعلى ارتفاعا وحده • وبذلك تجتمع فى الحائط الواحد ملكيتان : ملكية شائعة وملكية مفرزة ، وذلك بناء على قرينة قانونية وضعها المشرع • ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، فاذا وجد ما يدل على أن الجدار مملوك بالكامل لمـالك أحد العقارين انتفت الملكية المشـتركة ، وكان الحائط مملوكا ملكية فردية مفرزة •

وقد أقام الفصل ١١٧ بعض القرائن القانونية على الملكية الخالصة لمـالك أحد العقارين وهى :

١ ــ اذا كان أعلى الجدار مستقيما وعموديا فى جهة منه ومنحدرا من الجهة الأخرى ، اعتبر من كان الانحـدار فى ناحيتـه مالكا والآخر لا يملك من الجدار شيئا •

---

(١٧) السنهورى : فقرة ٥٩٩ ــ ص ٩٩١ ــ ص ٩٩٢ •

٢ — اذا كان فى حـدى جهتى الجـدار طنف أو نقوش ونواتىء حجرية أقيمت عند بنـاء الجدار ، فان من كانت فى جهته هـذه النقوش أو الأجزاء البارزة يعتبر مالكا للجدار ولا يملك الجار منه شيئا (١٨) .

على أن هذه القرائن كذلك تقبل اثبات العكس ، فقد يستطيع الجار أن يثبت أنه اشترى الجدار من مالكه بعد اقامته على هذا النحو .

٩٩ — استعمال الحائط المشـترك واصـلاحه : يجرى نص المـادة ٨١٤ مدنى مصرى بأن :

« ١ — لمـالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض ليسـند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته » .

« ٢ — فاذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصـلاحه وتجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصـته فيـه (١٩) » .

---

(١٨) الكزبرى : ص ٨٧ .

(١٩) يقابل هـذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

— فى القانون السورى : تنص المادة ٩٧٤ مدنى على احكام مقاربة للنص المصرى فتقول :

١ — لا يجوز لمالك حائط مشترك ان يرفعه او ان يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه .

٢ — انما يجوز له ان يضع من جهة عقاره على الحائط المشترك او ان يسند اليه ، جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنيـة حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط .

— فى القانون الليبى : المادة ٨٢٣ مدنى مطابقة .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٢١ من تشريع العقارات المحفظة على كيفية استعمال الجدار المشترك فيقول : « يمكن لكل شريك فى الملك أن يقيم بناء بجانب الجدار المشترك وأن يغرز ركائز فى عرض الجدار كله بشرط أن يترك من سمكه قدر خمسة وخمسين مليمترا تقريبا مع مراعاة حق الجار فى الزامه برد الركائز الى منتصف هذا السمك فى حالة ما اذا أراد وضع ركائزه فى المكان نفسه وأسند دخله اليه » .

وينص الفصل ١٢٤ على أنه : « لايجوز لأحد من الجيران أن يحدث أى حفر فى هيكل الجدار المشترك ولا أن يضع أو يركز عليه أية منشأة

— فى القانون العراقى : تتفق المادتان ١٠٨٧ و ١٠٨٨ مع القانون المصرى فالمادة ١٠٨٧ تقول :

١ — لكل من الشريكين فى الحائط المشترك ان يضع عليه اخشابا او غيرها بقدر ما لشريكه بشرط الا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لاحد منهما ان يزيد فى ذلك بدون اذن الآخر .

٢ — واذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه او تجديده على الشريكين مناصفة . وتنص المادة ١٠٨٨ على انه :

١ — اذا وهى حائط مشترك وخيف سقوطه واراد احد الشريكين هدمه وابى الاخر يجبر الآبى على الهدم .

٢ — واذا انهدم الحائط المشترك واراد احدهما اعادة بنائه وابى الاخر يجبر الآبى على البناء ، ويجوز لشريكه باذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الآبى بنصيبه فى نفقات البناء .

— فى القانون اللبنانى : تنص المادة ٧١٠ من قانون الملكية العقارية على احكام مقاربة للقانون المصرى ومطابقة للنص السورى فتقول : « لا يجوز لصاحب حائط مشترك ان يرفعه ، او ان يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . بيد — انه يجوز له ان يضع من جهة عقاره على الحائط المشترك او يسند اليه جسورا او منشآت او سوى ذلك من الابنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط » .

انظر السنهورى : ص ٦٩٢ — هامش رقم ٣ .

بدون رضى جاره الآخر ، أو عند امتناع هذا الأخير بدون أن تحدد بخبرة الوسائل اللازمة لكيلا تكون المنشأة الجديدة مضرة بحقوق الجار الآخر » •

أما اصلاح الجدار ونفقاته فنص عليها الفصل ١١٩ اذ يقول :

« اصلاح وبناء الجدار المشترك على عاتق جميع المالكين بنسبة منابهم فيه » •

ان استعمال الجدار المشترك انما يكون أساسا فى ارتكاز كل سقف من سقوف طوابق الدار عليه • ويستوى أن تكون الأسقف خشبية أو من الاسمنت المسلح بالحديد • ولما كان الحائط مشتركا ، فان كلا من المالكين يجب عليه أن يراعى حق الآخر ، بمعنى ألا يحمل الحائط بما يفوق طاقة احتماله ، وألا يستحوذ على جهد الحائط كله بأن يحمله بأسقفه ، فلا يستطيع المالك الآخر أن يجد مكانا يرتكز عليه ، أو ان وجد المكان ، وجد الحائط لا يحتمل ارتكازه • ولهذا اشترط الفصل ١٢١ أن يترك من سمك الجدار خمسة سنتيمترات ونصف تقريبا واذا أراد الجار أن يضع ركائزه فى نفس المكان كان له أن يلزم شريكه بأن يرتد بركائزه الى منتصف سمك الحائط •

ويدخل فى استعمال الجدار الاستتار به وأن يسند اليه كل من المالكين أثاثه ، ولكن لا يجوز لأى منهما أن يفتح فى الجدار مطلات أو مناور تطل على ملك الجار الا اذا وافق على ذلك جاره • فقد نص الفصل ١٣٧ من تشريع العقارات المحفظة على أنه : « لا يمكن لأحد من الجيران بدون رضى الآخر أن يحدث فى الجدار المشترك أية نافذة أو فتحة بأى كيفية كانت ولو كانت من زجاج نصف شفاف » • واذا فتح هذا المطل وسكت الجار على ذلك تسامحا منه فلا يكتسب صاحب المطل حقا بناء على هذا التسامح مهما تطاولت المدة • أما اذا كان واضحا أن سكوت الجار لم يكن على سبيل التسامح ، فان المالك الآخر يكتسب

حق لاتفاق بهذا المطل بمضى المدة ولا يكون لجاره أن يعترض عليه بعد ذلك .

أما اذا أصاب الحائط وهن يستوجب هدمه واعادة بنائه ، أو كان صالحا للبقاء ولكن بعد اصلاحه ، فان نفقات ذلك تكون على مالكيه بنسبة حصصهم فى ملكية الحائط . فاذا كان الشركاء فيه ثلاثة : الأول بحق النصف ، والآخران بحق الربع لكل ، التزم الأول بدفع نصف نفقات الاصلاح أو اعادة البناء ، والتزم كل من الثانى والثالث بربع هذه النفقات .

ويستطيع الشريك فى ملكية الجدار أن يتخلص من الالتزام بنفقات الاصلاح أو اعادة البناء ، بأن يتخلى عن حصته فى ملكية الجدار ، ويتركها لشركائه ، فيصبح لهم حق استعمال الحائط وحدهم ، وعليه ألا يستند الى هذا الحائط بعد ذلك [٢٠] بل ان القضاء الفرنسى قد اشترط عندئذ هدم الحائط أولا ثم يقع التخلى . وهذه الصورة تعتبر من صور الالتزام العينى الذى يجوز التخلص منه بالتخلى عن الحق فى الشىء .

وقد نص الفصل ١٢٠ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على حق التخلى بقوله : « غير أنه يجوز لكل شريك فى ملكية جدار مشترك أن يتحرر من المساهمة فى الاصلاحات أو اعادة البناء بتخليه عن حقه فى الجدار المشترك بشرط ألا يستند الى الجدار المذكور بناء له » .

واذا كان الشريك الذى يطلب التخلى هو الذى أحدث خللا فى الجدار بخطأ منه فهو الذى يتحمل نفقات الاصلاح وحده ولا يجوز له التخلى [٢١] .

ويلاحظ أن الجزء الذى يعلو عن أقصر البناءين ، والذى يملكه صاحب البناء الأكثر ارتفاعا ، تقع تكاليف اعادة بنائه أو اصلاحه على

---

(٢٠) الكزبرى : ص ٨٧ — ص ٨٨ .

(٢١) السنهورى : فقرة ٦٠٤ — ص ٩٩٦ وهامش رقم ٤ بها .

مالكه وحده ، فلا يتحمل شيئا من نفقاته المالكون الآخرون فى الجزء المشترك ، لأنهم لا يملكون شيئا من هذا الجزء الذى يعلو عن أبنيتهم •

١٠٠ ـ تعلية الحائط المشترك : تعالجهذه الحالة المادة ٨١٥ مدنى مصرى اذ تقول :

« ١ ـ للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا • وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء من التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته » •

« ٢ ـ فاذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة • ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض[٢٢] » •

---

(٢٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى . ما يلى من النصوص :

ـ فى القانون الليبى : المادة ٨٢٤ مدنى مطابقة .

ـ فى القانون العراقى : المادة ١٠٨٩ مدنى موافقة .

ـ فى القانون السورى : يختلف الحكم عن القانون المصرى فى أن التعلية يجب أن تتم برضا الشريكين ، فتقول المادة ٩٧٥ مدنى :

١ ـ لا يلزم أحد بالتنازل لجاره عن حقه المشترك فى الحائط .

٢ ـ انما اذا أراد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر اذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة . . .

ـ فى القانون اللبنانى : نص المادة ٧١ من قانون الملكية العقارية موافق للنص السورى .

انظر : السنهورى : ص ٩٩٨ ـ هامش رقم ٢ .

وفى القانون المغربى تنص على التعلية الفصول ١٢٢ و ١٢٣ و ١٢٧ من تشريع العقارات المحفظة . فالفصل ١٢٢ يقول : « لكل شريك فى الملك الحق فى تعلية الجدار المشترك غير أنه يجب عليه وحده أداء مصاريف التعلية وصيانة الجزء المعلى فى الحائط المشترك وكذا أداء التعويض عن الثقل المترتب عن التعلية حسب القيمة » .

والفصل ١٢٣ يقول : « اذا لم يكن الحائط صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناءه كله على نفقته ، ويؤخذ من جهته ما زاد فى سمك الجدار » .

وينص الفصل ١٢٧ على أنه « اذا ما أعيد بناء جدار مشترك أو دار فان الارتفاقات الايجابية والسلبية تستمر كما كانت بالنسبة للجدار الجديد أو الدار الجديدة دون أن يضاعف من عبئها » .

ويؤخذ من هذه النصوص أنه اذا أراد أحد الشركاء فى الحائط المشترك أن يقوم بتعلية بنائه ، وبالتالى بتعلية الحائط المشترك ، فهذه مصلحته وحده ، وله أن يقوم بذلك ولكن على نفقته وحده ، فليس له أن يطالب شريكه بشىء من نفقات التعلية . ونفقات صيانة الجزء المعلى تقع أيضا على عاتقه هو وحده ، وذلك نتيجة لأن الجزء المعلى هو ملكه وحده .

واذا كان الحائط المشترك لا يتحمل التعلية ، اذ تهدده بالسقوط ، فيجب على الشريك الذى يرغب فى التعلية أن يعيد بناء الحائط كله من جديد على نفقته ، فاذا اقتضى ذلك الزيادة فى سمك الحائط ليتحمل الثقل الجديد الذى سيقام عليه ، فان الأرض التى ستزاد فى سمكه تؤخذ من جهة الشريك القائم بالتعلية . فان تعذر ذلك وقبل الشريك الآخر أن تؤخذ الزياد من جهته وجب تعويضه عن شريط الأرض الذى سيقدمه-

من أرضـه لتعلية الجدار ويبقى الجدار مشتركا فى غير الجزء المعلى ، وتبقى الارتفاقات التى كانت مقررة عليه قائمة فلا تزول[٢٣] •

وهذا هو القدر المشترك من الأحكام بين التشريعات العربيـة • ويزيد التشريع المصرى أنه يوجب ألا يكون فى تعلية الحائط ضرر بليغ يحيق بالشريك الآخر ، فاذا وجد هذا الضرر البليغ امتنعت تعلية الحائط ، وهذا الحل يمكن الاستعاضة عنه فى القـانون المغربى باعطاء الشريك المضرور تعويضا عن الضرر طبقا للفصل ١٣٢ من تشريع العقارات المحفظة• ويشترط النص المصرى كذلك أن يقوم الشريك الراغب فى تعلية الحائط بكل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء من التعلية دون أن يفقد شيئا من متانة • وهذا الشرط يمكن الأخذ به فى القانون المغربى دون نص خاص لأنه يدخـل فى مفهوم حدود حق الاسـتعمال ، ولأن الفصل ١٢٣ من تشريع العقارات المحفظة يوجب عند تأثر متانة الحائط اعادة بنائه من جديد على نفقة الشريك القائم بالتعلية . ومقتضى ذلك أن التعليه يجب ألا تخل بمتانة الجدار •

ويشترط القانونان السورى واللبنانى اتفاق الشركاء لكى يتسنى لأحدهم تعلية الحائط . وهذا الشرط غير موجود فى التشريعات العربية الأخرى •

١٠١ ــ الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى رأينا أن الجزء المعلى مملوك ملكية خالصة لمن أقامه • ولكن يجوز للشريك الآخر أن يشترك فى ملكيته مقابل تعويض • فالمـادة ٨١٦ مدنى مصرى تنص على أن : « للجار الذى لم يساهم فى نفقـات التعلية أن يصبح شريكا فى الجزء

---

(٢٣) الكزبرى ص ٨٨ .

المعلى اذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة (٢٤) » .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٢٥ من تشريع العقارات المحفظة على ما يلى :

« لا يجبر أحد على أن يتنازل لجاره عن نصف جداره . غير أنه فى حالة تعلية جدار مشترك يمكن للجار الذى لم يســاهم فى تعليته أن يكتسب نصفها بأداء نصف ما انفق على التعلية وقيمة نصف الأرض المزيدة لتوسعة الحائط ان اقتضى الحال » .

وطبقا لهـذه النصوص تكون ملكية الحائط الفاصـل ملكية غير مشتركة ، وليس للجار أن يطالب مالك الحائط الفاصل بأن يشركه فى ملكية نصفه . أما اذا كان الحائط أصلا مشتركا ثم قام أحد الشركاء بتعليته ، فان الشريك الآخر يكون من حقه أن يشترك فى ملكية الجزء المعلى .

---

(٢٤) يقابل هـذا النص فى التقنينات العربية الأخرى . ما يلى من النصوص :

ـ فى القانون الليبى : المادة ٨٢٥ مدنى مطابقة .

ـ فى القانون العراقى : المادة ١٠٩٠ مدنى موافقة .

ـ فى القانون السورى : المـادة ٢/٩٧٥ مدنى موافقـة ، وتنص على ما يلى :

« انما اذا اراد احد الشركاء بالشيوع علو حائط وذلك برضاء الشريك الآخر فيحق للشريك الآخر اذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ان يكتسب حق الشركة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة وان يدفع ايضـا اذا اقتضى الامر نصـف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط » .

ـ فى القانون اللبنانى : المادة ٧١ من قانون الملكية العقارية موافقـة للتشريعيين المصرى والسورى .

انظر : السنهورى : ص ١٠٠٠ ـ هامش رقم ٢ .

وفى مقابل ذلك يؤدى الى القائم بالتعلية نصف ما أنفقه فى التعلية ونصف قيمة الأرض التى استلزمها زيادة سمك الحائط .

١٠٢ ــ الحائط الفاصل غير المشترك : تقرر المـادة ٨١٨ مدنى مصرى أن :

١ ــ ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط الا فى الحالة المذكورة فى المـادة ٨١٠ (حالة التعلية) .

٢ ــ ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى . ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط (٢٥) » .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٣٥ من تشريع العقارات المحفظة (وقد تقدم نصه فى الفقرة السابقة) على أنه . « لا يجبر أحد على أن يتنازل لجاره عن نصف جداره .. » ؛ وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل ١٣٣ على أن :

« الأشجار والشجيرات والأغراس على اختلاف أنواعها يمكن أن نغرس مصطفة على كل من جهتى الجدار الفاصل دون أن تكون من اللازم مراعاة أى بعد . غير أنه لا يجوز أن تعلو قمة الجدار .

---

(٢٥) يقابل هـذا النص فى التقنينات العربية الاخرى . ما يلى من النصوص :

ــ فى القانون الليبى : المادة ٨٢٧ مدنى مطابقة .

ــ فى القانون العراقى . المادة ١٠٩٢ مدنى موافقة .

ــ فى القانون السورى واللبنانى : لا مقابل له .

انظر : السنهورى : ص ١٠٠٢ ــ هامش رقم ٤ .

« واذا لم يكن الجدار مشتركا كان للمالك وحده الحق فى أن يلصق به مغروساته » .

وجدنا المشرع يفترض الاشتراك فى ملكية الجدار اذ فصل بين عقارين متجاورين . وهو يفترض ذلك بقرينة قانونية قابلة لاثبات العكس، ثم يتصور المشرع (فى الفصل ١١٧) حالات تدل على عدم الاشتراك ، أى على ملكية أحد الملاك للجدار ملكية خالصة لا يشاركه فيها أحد . ورأينا أن الشيوع فى ملكية الجدار المشترك شيوع اجبارى لا يجوز طلب القسمة فيه كالشيوع الاختيارى .

وعلى ذلك يمكننا أن نفرق بين ثلاثة أنواع من الحوائط : حائط فاصل مملوك ملكية خالصة لمالك عقار واحد ويسمى mur privatif وحائط مملوك على الشيوع ولكن الشيوع فيه ليس اجباريا ويسمى mur en copropriété وحائط يكون الشيوع فى ملكيته اجباريا ويسمى mur mitoyen . وهذه الأنواع الثلاث تتميز بأحكام خاصة تختلف فى كل منها عن النوعين الآخرين واليك بيان ذلك :

أولا : الأصل أن من أقام حائطا على حافة ملكه يعتبر ملكا له . ولا يشاركه فيه جاره ، ويستطيع أن يثبت ملكيته لهذا الحائط بواسطة التسجيل الثابت فى سجلات التحفيظ العقارى ، ويستطيع أن يوجه انذارا رسميا الى جاره بعدم استعمال هذا الحائط حتى يقطع أى ادعاء من جانبه ، ويستطيع زيادة فى الحرص أن يوجه اليه هذا الانذار على فترات متباعدة حتى يقطع أى تقادم كان يسرى لصالح هذا الجار قبل التحفيظ ويستطيع أن يمنعه من الاستناد الى حائطه أو استعماله بأى طريق أو فتح مطلات فيه . ولا يستطيع جاره أن يجبره على تمليكه نصف هذا الجدار، فهو ملكه الخاص .

ويعتبر هذا تطبيقا للفصل العاشر من تشريع العقارات المحفظة الذى يقضى بأن : « لا يجبر أحـد على التخلى عن ملكه الا لأجل المصـلحة العـامة[٢٦] ..

ثانيا : اذا بنى شخص حائطا على حافة ملكه بحيث كان الحائط قائما على جزء من ملك الجار وجزء من أرض المبانى ، فان الحائط لا يكون مشتركا ، ولا مملوكا على الشيوع ، بل يكون الجزء القائم منه على أرض البانى مملوكا له ملكية خالصة ، والجزء المقام على أرض الجار مملوكا للجار بطريق الالتصاق طبقا للفصل ١٤ من تشريع العقارات المحفظة الذى يقول[٢٧] : « كل ما ينضم للعقار أو يدمج فيه فهو للمالك .. » ويختلف التعويض المستحق للبانى بحسب حسن أو سوء نيته على ما سنرى فى أسباب كسب الملكية .

ثالثا : يستطيع مالك الحائط الفاصل أن يتصرف فيه تصرفا قانونيا أو ماديا ، فيستطيع بيعه ، أو هبته كما يستطيع هدمه ، ولكنه فى القانون المصرى (وكذا الليبى والعراقى) لايستطيع هدمه اذا كان جاره يستتر به ، الا لعذر قوى[٢٨] . أما الحائط المشترك فلا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف فى نصـيبه فيه ببيعه مسـتقلا ، ولا أن يطلب قسمته . ولكن التصرف فيه انما يكون بالتبعية للتصرف فى عقـاره كله . وأما الحائط

---

(٢٦) ديكرو : فقرة ٥٥١ — ص ٣٦١ .

(٢٧) ديكرو : فقرة ٥٥١ — ص ٣٦١ .

(٢٨) ويلاحظ ان استتار الجار يعنى ان يكون ملك الجار مسورا من ثلاث جهات ، والجهة الرابعة يستتر بحائط الجار . فاذا كان ملك الجار أرضا فضاء أو كان مسورا من جهة أو جهتين فلا يجوز له الاعتراض على هدم الحائط . ويعتبر هدم الحائط لغير عذر قوى صورة من صور التعسف فى استعمال الحق يستوجب الزام فاعله بتعـويض جاره . انظر : السنهورى : فقرة ٦١٢ — ص ١٠٠٥ — ص ١٠٠٧ .

المملوك على الشيوع فيجوز للشريك أن يبيع حصته فيه استقلالا [٢٩] ويكون للشريك الآخر أن يأخذ الحصة المبيعة بالشفعة .

رابعا : لا يستطيع الجار أن يستعمل الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكية خالصة . وله أن يلصق به مغروساته ، وعلى جاره أن يراعى الابتعاد عن هذا الحائط بغرسه ، أما الحائط المملوك على الشيوع ، فلايستطيع أن يستقل شريك باستعمال ناحية منه بغير اذن شريكه . واما الحائط المشترك فلكل من المالكين المتجاورين أن يستعمله دون اذن من الآخر فى الغرض الذى أعد له . فيستطيع كل منهما أن يضع عليه سقفه وركائزه، وأن يعلق عليه مدخنة ، وأن يقيم مبانى تستند اليه ، ويستطيع على وجه الحائط الموجود من جهته أن يلصق اعلانات ، أو أن يتنازل عن هذا الحق للغير [٣٠] .

خامسا : مالك الحائط الفاصل يتحمل بنفقات صيانته وهدمه ، واعادة بنائه لأنه ملكه الخاص . أما ملاك الحائط المشترك فيتحملون فى نفقات صيانته أو اعادة بنائه بنسبة حصصهم فى ملكيته ، ويستطيع الشريك أن يتخلص من هذه النفقات بأن يتخلى عن حصته فى ملكيته بشرط ألا يكون له بناء يستند اليه . أما فى حالة الحائط المملوك على الشيوع فليس للشريك التخلى عن حصته للتخلص من نفقات اصلاح الشيء .

سادسا : لمالك الحائط الفاصل أن يبقيه أو يهدمه كما تقدم . وللشريك فى الحائط المشترك اذا كان الحائط لا يتحمل التعلية أن يقوم بهدمه واعادة بنائه على نفقته . أما الشريك فى الحائط المملوك على

---

(٢٩) ديكرو : فقرة ٥٥٣ — ص ٣٦٢ .
(٣٠) ديكرو : فقرة ٥٥٤ — ص ٣٦٢ .

الشيوع فلايملك أن يهدم شيئا من العقار المملوك على الشيوع الا بموافقة جميع الشركاء .

سابعا : تقوم فكرة الحائط المشترك على الجوار والتلاصق بين عقارات ، فاذا انتفى الجوار لم يعد الحائط مشتركا ، بل يصبح مملوكا على الشيوع وتنطبق عليه أحكام الشيوع . واذا اشترى أحد الشريكين حق شريكه فى الحائط تحول الى حائط فاصل مملوك ملكية خالصة له[٣١].

١٠٣ ــ البناء فوق طريق عام : هذه الحالة ينفرد القانون المغربى والقانون التونسى بأحكامها[٣٢] . وقد نص عليها الفصل ١١٨ من تشريع العقارات المحفظة المغربى . وهو يفترض أن هناك بناء أقيم على جانب الطريق (فوق الرصيف مثلا) ولما كان الطريق العام يعتبر جزءا من أملاك الدولة . فان هذا البناء يعتبر بحسب القواعد العامة فى القانون المدنى وفى القانون الادارى تعديا على أملاك الدولة . الأمر الذى يستوجب ازالته . الا أن وجود هذا البناء يستند الى ممارسة ممتدة منذ القدم أى قبل ظهور قواعد القانون الادارى بصورتها الحالية ، ومن ناحية أخرى هو لا يخلو من بعض المصالح العامة التى تتمثل فى نفع لأفراد الشعب . ويظهر ذلك فى المبانى التى تقام على أعمدة أو على أقواس فوق رصيف الطريق . فهى لا تعوق المارة عن السير لأن حدود البناء هى جانب الطريق كغيره من المبانى والبناء علوى يعلو رصيف الطريق بمقدار طابق أو طابقين فيسير تحته المارة بل ويستظلون به من وهج الشمس فى فصل الصيف ومن انهمار المطر فى الشتاء ، وتستفيد منه المقاهى وغيرها من المحلات التى تعرض بضائعها خارج المحل . وذلك

---

(٣١) ديكرو : الفقرات ٥٥٥ ــ ص ٥٥٩ ــ ص ٣٦٢ ــ ص ٣٦٣ .

(٣٢) ديكرو : فقرة ٥٦١ ــ ص ٣٦٤ .

في مقابل رسم يؤدى الى الجهة الحكومية المختصة . ويستفيد منه صاحب البناء بأن يوسع في مساحة حجرات البناء في الطوابق التى تعلو القوس أو الأعمدة بقدر مساحة رصيف الطريق التى علاها ، لهذا كله فاقامة هذه الأقواس وهذه الأعمدة له فوائد عديدة عامة وخاصة سواء كانت على جانب واحد من الطريق أو كانت تصل بين جانبيه . وليس فيه ضرر لأن أملاك الدولة العامة لا تتملك بالتقادم . لذلك أبقى المشرع المغربى على الأوضاع القائمة كقرينة على ارتفاقات قائمة لصالح أفراد على ملك للدولة . ولكنه أبقى الوضع ما بقى البناء . فان تهدم لأى سبب فقد المالك الانتفاع بالقرينة وليس له أن يعيد تشييد البناء الا باذن خاص من الجهة الحكومية المختصة . وخلص المشرع المغربى من كل ذلك الى أن الجدار الذى يرتكز عليه القوس أو البناء يعتبر جدارا مشتركا . ما لم يكن هنالك دليل على ما يخالف ذلك . وهذا الحكم الاخير هوالذى دعا المشرع المغربى الى ادراج هذا الموضوع فى باب « الجدران والحفر المشتركة » . ونص الفصل ١١٨ المتضمن لهذه الأحكام كلها هو :

« كل ما يعلو الطريق يعتبر من مستتبعات الملك العمومى . ان لم يكن هناك سند أو علامة تخالف ذلك » .

« ومن علامة الملك الخصوصى أن تكون بناءات فوق الطريق أوعلى الأقل أن تكون هناك أقواس تصل بين الجدران المقامة على جانبى الطريق » .

« واذا تهدم البناء أو القوس الموضوع فوق الطريق بسبب القدم أو حادث أو أى سبب آخر فان المالك يفقد الانتفاع بالقرينة التى كانت لصالحه ولا يمكنه بأى حال اعادة البناء الا باذن خاص .

« ويترتب عن الملك الخاص الموجود فوق الطريق الاشتراك فى الجدار الذى يرتكز عليه القوس أو البناء ما لم يكن هناك سند يثبت عطس ذلك » .

١٠٤ ــ السياج المشترك والحفر المشتركة : ان بناء الحائط هو الطريقة المألوفة للفصل بين المبانى • أما اقامة سياج أو حفر حفرة فهو الطريقة المألوفة للفصل بين الأراضى الفضاء أو بين الأراضى الزراعية أو الحدائق •

وقد تناول المشرع المغربى أحكام السياج المشترك والحفر المشتركة فى الفصول من ١٢٨ الى ١٣٣ ، ويمكن توضيحها فى النقاط التالية :

١ ــ يقام السياج بواسطة غرس أشجار مثمرة أو غير مثمرة عند الحد الفاصل بين أرضين • فاذا أقام شخص سياجا عند حافة أرضه فهو ملكه ، ويعتبر سياجا فاصلا لا مشتركا وليس لجاره أن يطلب اليه تمليكه بحق النصف فيه • وكذا اذا حفر حفرة دون أرضه لم يكن لجاره أن يطلب تمليكه نصفها . لأن الفقرة الأولى من الفصل ١٣٠ من تشريع العقارات المحفظة تنص على : « أن الجار الذى يتصل ملكه بحفرة أو سياج غير مشترك لا يمكنه ارغام مالك هذه الحفرة أو هذا السياج على جعله شريكا فى ملكه » وهذا يعتبر تطبيقا للفصل ١٠ من نفس التشريع وهو يقضى بأنه لا يمكن اجبار الشخص على التخلى عن ملكه •

٢ ــ أقام المشرع قرائن قابلة لاثبات العكس على كون السياج فاصلا أو كون الحفرة فاصلة : فاذا كانت احدى الأراضى مسورة وحدها، فالحاجز الفاصل بينها وبين أرض مجاورة يعتبر مملوكا لمالك الأرض المحاورة • أما اذا لم تكن هناك أرض مسورة فالسياج أو الحاجز يعتبر مشتركا . الا اذا وجد سند أو علامة تخالف ذلك • وبالنسبة الى الحفرة تعتبر الحفرة حفرة مملوكة ملكيةخالصة للمالك الذى يوجدفى جهتهالتراب المستخرج من الحفر ، لأنه يدل على أنه عند الحفر ألقى التراب فى أرضه• أما اذا كان التراب على الجانبين معا ، فهو دليل على أن الحفرة مشتركة وقد نص الفصل ١٢٨ على ذلك اذ يقول : « يعتبر مشتركا كل حاجز

فاصل بين أراضى ان لم يكن أحدها بمفرده مسورا أو لم يوجد ما يخالف ذلك من سند أو علامة » .

« وفيما يخص الحفر فمن علامة عدم الاشتراك فيها أن يكون رفع ترابها أو رده من جهة واحـدة فقط . وتعتبر الحفرة ملكا خاصـا لمن يكون من جهته رد التراب » .

٣ ـ واذا ثبت أن السياج مشترك أو ان الحفرة مشـتركة . فان نفقات الصيانة تكون على الشركاء ولم يبين المشرع النسبة التى توزع بها النفقات ، هل تكون بالتساوى أم بحسب قيمة أراضيهم الأصلية . ونحن نرى أن توزع النفقات بالتساوى لأن الغرض فى اشتراكهم فىملكية السياج أو الحفرة هو التساوى ، فالملكية ليست مشتركة فى أراضيهم كلهـا ، وانما فى السياج أو الحفرة فحسب . ويستطيع الجار أن يتخلص من النفقات الخاصة بالصيانة اذا تنازل عن حقه فى السياج أو الحفرة . غير أنه لا يسمح له بالتخلى عن حقه مقابل اعفائه من النفقات اذا كانت الحفرة مسيلا للمياه عادة ، لأنه لن يمكنه الاستغناء عن اسـالة الماء من أرضه فى هذه الحفرة . وقد نص على ذلك الفصل ١٣٩ اذ يقول :

« يجب أن يصان السياج المشترك على نفقة الشركاء غير أنه يمكن للجار أن يتخلص من هذا التكليف بتنازله عن حق المشاركة .

« وتزول هذه الامكانية اذا كانت الحفرة عادة مسيلا للمياه » .

٤ ـ للشريك فىملكية السياج أن يتلفه الىحد ملكه فيقطع الأشجار التى يتكون منها ليسـتفيد بها على أن يبنى بدله جـدارا حتى لا يبقى الفاصل شاغرا . واذا كان الفاصل حفرة مشتركة تستعمل للفصـل فقط بين الأراضى ، فيمكن للشريك ردمها على أن يقيم جدارا مكانها .

أما اذا كانت الحفرة تستعمل مسيلا فليس لأى من الشريكين ردمها وقد نصت على ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل ١٣٠ بقولها :

« والشريك فى ملكية سياج مشترك يمكنه اتلافه الى حد ملكه على شرط أن يبنى جدارا على هذا الحد •

« وتسرى نفس القاعدة على الشريك فى ملكية حفرة مشتركة لا تستعمل الا كسور » •

٥ — تعتبر الأشجار التى يتكون منها السياج المشتركة سلوكة ملكية مشتركة كذلك وعند قطعها أو قلعها توزع مناصفة بين المالكين ولكل مالك حق المطالبة بقلعها وثمار هذه الأشجار توزع كذلك مناصفة بين الشريكين • وقد نص على ذلك الفصلان ١٣١ و ١٣٢ فالفصل ١٣١ يقول : « ما دامت الشركة فى السياج مستمرة فان منتوجه يكون للمالكين مناصفة بينهما » • والفصل ١٣٢ يقضى بما يلى :

« ان الأشجار الموجودة بالسياج المشترك مشتركة كالسياج نفسه ، وكذا الأشجار المغروسة على الخط الفاصل بين عقارين تعتبر مشتركة واذا ما قطعت أو قلعت فانها توزع مناصفة سواء سقطت طبيعيا أو نتيجة عمل ، أو قطفت ولكل مالك الحق فى أن يطالب بقلع الأشجار المشتركة »•

المطلب الثالث

المطلات والمناور المشرفة على ملك الجار

١٠٥ ـ الفرق بين المطل والمنور : المطل فتحة فى الحائط يقصد منها ادخال الهواء والضوء داخل الحجرة والنظر من الفتحة الى الخارج ، فالنافذة أو الشباك والشرفة أو الخارجة تعتبر مطلات ويتفق القانون المغربى مع القوانين العربية الأخرى فى هـذا المعنى • أما المنور فهو فى القانون القانون المصرى فتحة يقصد منها ادخال النور والهواء دون نظر الى الخارج ، وفى القانون المغربى والفرنسى فتحة يقصد بها ادخال النور فقط دون الهواء أو النظر الى الخارج • ولذلك يفرض هذان القانونان أن يكون المنور مكونا من شبابيك من الحديد يسد فتحاتها زجاج نصف شفاف يسمح بمرور الضوء وحده •

١٠٦ ـ أحكام المطل : تنص المـادة ٨١٩ مدنى مصرى على أنه :

١ ـ لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من المطل حافة المشربة أو الخارجة •

٢ ـ « واذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السـابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيـه المطل » •

وتنص المادة ٨٢٠ مدنى مصرى على أنه : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من

حرف المطل ولكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام[٣٣] » .

---

(٣٣) يقابل هذين النصين فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المادتان ٨٢٨ و ٨٢٩ مدنى مطابقتان .

— فى القانون العراقى : لا مقابل لهما .

— فى القانون السورى : توجد أحكام موافقة للقانون المصرى فى المواد من ٩٧٠ الى ٩٧٣ من التقنين المدنى وهذه نصوصها :

المادة ٩٧٠ : « ١ — لا يجوز لمالك عقار ان يكون له مطل مستقيم او نوافذ او شرفات او سوى ذلك من النتوءات على ارض مسورة او غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط الذى يحدث فيه هذا المطل او هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين .

٢ — واذا لم تكن هذه المسافة موجودة فلا يجوز فتح النوافذ او الشبابيك الا على علو مترين ونصف من ارض الغرفة المراد اضاءتها اذا كان الطابق ارضيا ، وعلى علو متر وتسعين سنتيمترا من ارض الغرفة اذا كان الطابق علويا » .

المادة ٩٧١ : « لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل جانبى او منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر » .

المادة ٩٧٢ : « لا يسرى المنع الوارد فى المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ على الأسطحة وعلى النوافذ المفتوحة على الطرقات العامة » .

المادة ٩٧٣ : « تحسب المسافة المعينة فى المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ ابتداء من ظاهر الحائط الخارجى حيث تكون النوافذ وما سواها من النتوءات فابتداء من خطها الخارجى حتى الخط الفاصل بين العقارين » .

— فى القانون اللبنانى توجد فى قانون الملكية العقارية نصوص مطابقة للقانون السورى هى : المادة ٦٦ تطابق المادة ٩٧٠ — والمادة ٦٧ تطابق المادة ٩٧١ — المادة ٦٨ تطابق المادة ٩٧٢ — المادة ٦٩ تطابق المادة ٩٧٣ .

انظر : السنهورى : ص٧٧٧ هامش رقم ٢ وص ٧٧٨ هامش رقم ٢ .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٣٩ من تشريع العقارات المحفظة على أنه :

« لا يجوز فتح مطلات مواجهة أو شبابيك أو شرفات أو أطناف أخرى مماثلة على ملك الجار سواء كان مسورا أو غير مسور الا على مسافة متر وتسعين سنتيمترا بين الحائط المنشأة فيه وملك الجار .

« ولا يجوز فتح مطلات جانبية أو منحرفة على نفس الملك الا على بعد ستين سنتيمترا . وان المنع المترتب بالفقرتين أعلاه لا يسرى على السطوح والشرفات المفتوحة على الطريق العمومية » .

« غير ان مقتضيات هذا الفصل لا يعمل بها فى المدن والأحياء والقرى القديمة » .

وينص الفصل ١٤٠ من تشريع العقارات المحفظة كذلك على أنه :

« يمكن للمالك فى أى وقت كان أن يبنى بحدود أرضه دون الاهتمام بالنوافذ الموجودة بملك جاره وذلك عند عدم وجود اتفاقات مغايرة » .

« والمسافة المتكلم عنها بالفصل السابق تحسب من الواجهة الخارجية للجدار التى تحدث بها الفتحة واذا كانت هناك شرفة أو أطناف أخرى مماثلة فمن الخط الخارجى الى غاية الخط الفاصل بين الملكين .

« وفى الأحياء التى تعينها القرارات البلدية يجب أن تكون النوافذ والشرفات المطلة على داخل مسكن الجار دون أن تفصل بين المسكنين طريق عمومية مجهزة بمصاريع أو شبابيك خارجية ثابتة ومكونة من صفائح أفقية وذلك الى غاية ارتفاع متر وتسعين سنتيمترا فوق الأرضية » .

« وان البنايات الحضرية تحددها كذلك القرارات البلدية » .

يوجب المشرعون دائما مراعاة مسافات معينة عند فتح المطلات . حتى لا تكون وسيلة لهتك أسرار الجيران . ولذلك نجد المشرع المصرى يفرق بين المطلات التى تفتح فى مواجهة الجيران والمطلات المنحرفة ، ويشترط فى الأولى بعدا عن الجيران أكثر مما يشترطه فى الثانية لأن المطل المواجه يكشف الجار أكثر من المطل المنحرف . فجعل المسافة التى يبعد بها المطل المواجه هى متر يقاس من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة أى الشرفة . فيؤخذ الخط الذى تلتقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كنقطة بداية للقياس والخط الفاصل بين العقارين كنهاية ، فاذا كانت المسافة بينهما مترا أو أكثر كان المطل قانونيا ، وان كانت أقل من ذلك كان مطلا غير قانونى ويجوز للجار أن يطلب سده [٣٤] . واذا كان المطل منحرفا فيكفى أن تكون المسافة نصف متر من حافة المطل . ويعتبر المطل منحرفا اذا كان يحتاج للاطلال منه الى الانحناء الى الخارج أو الالتفات يمينا أو شمالا . ولا تنطبق هذه الأبعاد اذا كان العقار من العقارات المملوكة للدولة ، أو كان المطل مواجها فى الوقت نفسه للطريق العام ، و لاتنطبق كذلك على أبواب ومداخل العقار ، ولا على المطلات التى لا تكشف من العقار المجاور الا حيطانا مسدودة أو لا تكشف الا السطح أو التى لا يبصر الناظر منها الا السماء [٣٥] . وقد يحدد المشرع فى قوانين خاصة مسافات أكبر مما ذكرنا فلا تنطبق المسافات التى ذكرناها هنا .

---

(٣٤) السنهورى : فقرة ٤٧٥ — ص ٧٧٩ .

(٣٥) السنهورى : فقرة ٤٧٧ — ص ٧٨١ — ص ٧٨٢ .

كذلك نجد المشرع المغربى يحدد بنفس الأسلوب مسافات للمطل المواجه والمطل المنحرف ، فيشترط أن تكون مسافة المطل المواجه أو الشرفة لا تقل عن متر وتسعين سنتيمترا بين الحائط المنشأة فيه وملك الجار • ويشترط ألا تقل مسافة المطل المنحرف عن ستين سنتيمترا • ولكن استثنى المشرع من هذه القواعد : المطل المواجه للطريق العمومى والمطل المفتوح على سطح الجار ، ومطلات الدور فى المدن والأحياء والقرى القديمة فيجوز أن تفتح على مسافات أقل مما ذكر •

وقد لا يراعى المالك المسافات القانونية التى ذكرناها — وعندئذ يحق للجار أن يطلب سد المطلات المخالفة • أو أن يبنى على حافة ملكه فيسدها : ولا يلزم اثبات حصول ضرر معين ، فالضرر مفترض قانونا لمجرد فتح المطل المخالف (٣٦) • ولكن اذا استمر المطل المخالف مفتوحا المدة اللازمة لاكتساب الحق بالتقادم ، فان الجار يكتسب حق ارتفاق بالمطل • وهذا الحق يقيد المالك الذى سكت عن المطل المخالف ، فلا يستطيع أن يبنى بناء يسد هذا المطل • واذا هدم الحائط الذى فيه المطل المخالف وأعيد بناؤه فإن حق الارتفاق بالمطل يعود مع بناء الحائط الجديد • ولكن لا يجوز لمن اكتسب ارتفاقا بالمطل أن يفتح مطلا آخر ولكن يجوز له توسيع المطل المكتسب (٣٧) • وهذه الأحكام تتفق مع القواعد العامة ولا يحول دون تطبيقها فى القانون المغربى شىء فى قانون التحفيظ العقارى •

١٠٧ — أحكام المناور : تنص المادة ٨٢١ مدنى مصرى على أنه: لا تشترط أية مسافة لفتح المناور وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان

---

(٣٦) الكزبرى : ص ٩٦ •

(٣٧) السنهورى : فقرة ٤٧٨ — ص ٧٨٣ — ص ٧٨٧ •

المعتاده . ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور . دون أن يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور[٣٨] » •

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٣٨ من تشريع العقارات المحفظة على أنه

« يجوز لمالك جدار غير مشترك متصل مباشرة بملك الغير أن يحدث فى هذا الجدار مناور (منافذ ذات زجاج ثابت) أو نوافذ عليها شبابيك من حديد وزجاج نصف شفاف » •

« ويجب أن تكون فى هذه النوافذ شبابيك من حديد لا تتجاوز دائرة فتحاتها عشرة سنتيمترات على الأكثر وأن تكون مغطاة بزجاج ثابت نصف شفاف •

---

(٣٨) تقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى . ما يلى من النصوص

– فى القانون الليبى المادة ٨٣ مدنى مطابقة .

– فى القانون العراقى . لا مقابل له

– فى القانون السورى تنص المادة ٢/٩٧ على انه : واذا لم تكن هذه المسافه (مترين بالنسبة الى المطل موجوده . فلا يجوز فتح النوافذ او الشبابيك الا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد اضاءتها اذا كان الطابق أرضيا وعلى علو متر وتسعين سنتيمترا من ارضية الغرفة اذا كان الطابق علويا .

– فى القانون اللبنانى : تجد المادة ٢٢/٦٦ من قانون الملكية العقارية تطابق المادة ٢/٩٧ مدنى سورى

انظر السنهورى ص ٧٨٨ – هامش رقم ٣

« ولا يمكن فتح هذه النوافذ والمناور الا على ارتفاع مترين وستين سنتيمترا من أرض الغرفة المراد اضاءتها اذا كان ذلك فى الطابق الأسفل وعلى ارتفاع متر وتسعين سنتيمترا من الأرضية بالنسبة للطبقات العلوية » •

رأينا أن الفرق بين المنور فى القانون المصرى وفى القانون المغربى هو أنه فى الأول فتحة تسمح بمرور الضوء والهواء ، أما فى الثانى فهو فتحة تسمح بمرور الضوء دون الهواء • وقد حدد المشرع المغربى مسافة معينة لفتح المنور هى ارتفاع ٢٦٠ سنتيمترا من أرض الغرفة المراد اضاءتها اذا كانت فى الطابق الأسفل و ١٦٠ سنتيمترا اذا كانت فى طابق أعلى • أما القانون المصرى فلم يحدد مسافة معينة وانما اشترط فقط أن يعلو المنور عن قامة الانسان العادية • وقامة الانسان العادية تصل الى ١٧٥ سنتيمترا •

ويوجب القانون المغربى أن يوضع على المنور شبكة حديدية ذات فتحات لا تزيد دائرتها على ديسمتر واحد (عشرة سنتيمترات) يسدها زجاج نصف شفاف •

واذا خالف الجار عن ذلك كان للمالك أن يطلب سد المنور المخالف وأن يبنى على حافة ملكه فيسده •

المطلب الرابع

سيل المياه من السقوف

١٠٨ ـ ينص الفصل ١٤١ من تشريع العقارات المحفظة على أنه :

« يجب على كل مالك أن يقيم السقوف بكيفية تجعل مياه المطر تسيل فى أرضه أو فى الطريق العمومى ولا يجوز له أن يجعلها تسيل فى مُلك جاره » .

وهذا النص يلزم كل مالك بأن يراعى ألا تسيل المياه من ملكه على ملك الجار أرضا كان أو منزلا . وعليه أن يراعى فى بناء السقوف انحدارها نحو الطريق العام أو نحو فناء داره حتى لا تسيل المياه على الجار .

وواضح أن وجود هذا النص ينتفى معه تطبيق الفصل ١١٠ الذى يفرض على مالك الأرض الواطئة أن يترك المياه التى تسيل سيلا طبيعيا من الأرض العالية تمر فى أرضه ، لأن الفصل ١١٠ ينطبق فى حالة الأراضى الزراعية لا فى حالة المبانى .

المطلب الخامس

حق المرور

١٠٩ ــ تنص المادة ٨١٢ مدنى مصرى على أن :

١ ــ « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام وذلك فى نظير تعويض عادل. ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا ، وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك .

٢ ــ « على أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الأجزاء[٣٩] » .

---

(٣٩) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

ــ فى القانون الليبى : المادة ٨٢١ مدنى مطابقة .

ــ فى القانون العراقى : المادة ١٠٥٩ مدنى موافقة الا ان التعويض وهو أجر سنوى يدفع مقدما فى القانون العراقى .

ــ فى القانون السورى : المواد ٩٧٧ و ٩٧٨ و ٩٧٩ موافقة للنص المصرى ونصها هو : المادة ٩٧٧ :

١ ــ لمالك العقار المحاط من كل جانب والذى لا منفذ له الى الطريق العام أن يطلب ممرا فى الأراضى المجاورة مقابل دفعه تعويضا بنسبة الضرر الذى قد يسببه .

وفى القانون المغربى تعالج الفصول ١٤٢ و ١٤٣ و ١٤٤ أحكام حق المرور على النحو التالى :

الفصل ١٤٢ : « ان المالك الذى تكون أملاكه محاطة وليس لها مخرج الى الطريق العمومية أو التى لها منفذ غير كاف لاستغلال ملكه استغلالا فلاحيا أو صناعيا يمكنه أن يطلب ممرا فى أملاك جيرانه على شرط أدائه تعويضا مناسبا للضرر الذى يمكن أن يحدثه » .

الفصل ١٤٣ : « الأصل وجوب أخذ الممر من الجهة التى تكون فيها أقصر مسافة من الملك المحاط الى الطريق العمومية . ـ بيد أنه يجب أن يرتب حق المرور من الجهة التى تكون أقل ضررا على المالك الذى يعطى الممر فى أرضه » .

---

٢ ـ ويعطى نفس الحق مالك العقار الذى ليس له الا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا او صناعيا .

المادة ٩٧٨ : ١ ـ يؤخذ الممر من الجهة التى تكون فيها مسافته من الارض الخاصة الى الطريق العام أقصر ما يمكن .

٢ ـ انما يجب ان يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحه فيها اقل ضرر لمالك الأرض التى يمنح الممر فيها .

المادة ٩٧٩ : ١ ـ اذا اصبحت الأرض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها اثر بيع أو مقايضة او قسمة او اى عقد آخر فلا يجوز طلب ممر الا فى الأراضى التى تكون هذه المعاملات قد جرت فيها .

٢ ـ ولكن اذا تعذر فتح ممر كاف فى الاراضى المقسومة فتطبق عندئذ المادة ٩٧٧ .

ـ فى القانون اللبنانى : المواد ٧٤ و ٧٥ و ٧٦ من قانون الملكية العقارية مطابقة للقانون السورى .

انظر السنهورى : جـ ٨ ص ٧٥٣ ـ هامش رقم ١ .

الفصل ١٤٤ : « اذا كان الحصار ناشئا عن تجزئة ملك بسبب بيع أو معاوضة أوقسمة أو أي عقد آخر فلا يمكن المطالبة بالمرور الا في الاملاك التي كانت موضوع هذه العقود . غير أنه في الحالة التي لا يمكن فيها ترتيب ممر كاف في الأملاك المجزأة يطبق الفصل ١٤٢ » .

يتقرر حق المرور للأرض المعزولة عن الطريق العام ويخلص من النصوص التي أوردناها أن هناك قواعد تتفق عليها التقنينات لتقرير هذا الحق وهي :

أولا : يجب أن تكون هناك أرض معزولة عن الطريق العام : والنص المصري يصفها بأن تكون محبوسة عن الطريق العام ، وواضح أن الحبس هنا ليس بمعنى الوقف بل المقصود أنها معزولة بواسطة أملاك للغير عن الطريق العام من جميع جوانبه . فلا سبيل الى الوصول الى الطريق العام الا بالمرور في واحدة أو أكثر من الأراضي المجاورة. وتعتبر الأرض معزولة اذا كان لها ممر ولكنه غير كاف لاستعمالها واستغلالها . فالمصنع الذي يكون له ممر ضيق يتسع للمشاة ولا يتسع للسيارات التي تنقل اليه الخامات أو تنقل منه المنتجات يكون معزولا ، ويمكن تقرير حق مرور له حتى ولو كانت السيارات تمر في الممر الضيق ولكن بمشقة كبيرة وحتى لو كان توسيعه ممكنا ولكن بنفقات باهظة [٤٠] .

ثانيا : يتقرر لمالك هذه الأرض المحبوسة حق المرور في واحدة أو أكثر من الأراضي المجاورة . كما يتقرر ذلك أيضا لصاحب حق الانتفاع عليها أو صاحب حق السطحية أو ناظر الوقف ولكن لا يتقرر حق المرور للمستأجر والمزارع لأن لهم حقا شخصيا فقط [٤١] .

---

(٤٠) السنهوري : ج ٨ فقرة ٤٦٦ – ص ٧٥٤ – ص ٧٥٧ .

(٤١) السنهوري : ج ٨ فقرة ٤٦٦ – ص ٧٥٧ .

ويعبر القانون المصرى عن هذا الحق بقوله : « له حق المرور فى الأراضى المجاورة » فالحق مقرر بمقتضى القانون ويمكن أن يسلم به الجار على هذا الأساس غير أن تحديد المكان الذى يتم المرور منه يحتاج الى اتفاق الملاك أو الى الالتجاء الى المحكمة • وقد تستعين المحكمة بخبير لهذا الغرض ولذلك عبر القانون المغربى عن حق المرور بقوله ان المالك « يمكنه أن يطلب ممرا فى أملاك جيرانه » •

ثالثا — يكون لمالك الأرض المحبوسة أو المعزولة ممر كاف لاستعمال واستغلال أرضه • واذا كان القانون المغربى لم يذكر سوى استغلال الأرض استغلالا فلاحيا أو صناعيا ، الا أنه لا شك فى أن هذا التفصيل هو من قبيل ضرب الأمثال ، لا من قبيل الحصر الاستقصائى • وعلى ذلك فيدخل فى الاستغلال : الاستغلال التجارى أو المالى ، بل ويتقرر المرور اذا كان صاحب الأرض المعزولة يمر لاستعمال ملكه فقط لا لاستغلاله •

والممر الكافى هو الذى يتسع لاستخدام الأرض على الوجه المألوف فالأرض الزراعية تحتاج الى مرور العمال الزراعيين والمحاريث والدواب وربما السيارات • ويعتبر من قبل الاستغلال الزراعى تربية المواشى وقطعان الأغنام •

رابعا : يتقرر حق المرور مقابل تعويض مناسب • وعناصر هذا التعويض لاينظر فيها الى الكسب الذى جناه من تقرر له المرور•وانماينظر فيه الى الضرر الذى تكبده مالك الأرض التى تقرر عليها المرور ، فهو قد حرم من الانتفاع بجزء من أرضه وقد يؤدى المرور الى أن يصبح هذا الجزء غير صالح للزراعة بعد ذلك ، ويمكن الاستعانة بخبير لتقويم الأضرار • واذا زاد نشاط صاحب حق المرور فى أرضه فاقتضى ذلك توسيع الممر ، كان له أن يطلب توسيعه مقابل تعويض جديد • ولا يشترط

أن يدفع التعويض مقـدما ، ولا أن يكون من قبيل تعويض الدفعة الواحدة بل يمكن أن يحكم به ويدفع فيما بعد ، ويمكن أن يكون مقسطا أو أن يكون مقررا عن كل وحدة زمنية يقع فيها استخدام حق المرور (كل سنة مثلا) ، ويعتبر المقابل فى هذه الحالة الأخيرة من قبيل الايرادات والنجوم الدورية التى تتقادم بخمس سنوات . أما التعويض الاجمالى أو المقسط فلا تسقط دعوى المطالبة به الا بمضى ١٥ سنة (٤٢) .

خامسا : ويتقرر حق المرور على أرض مجاورة توصل الى الطريق العام . ولكن قد تكون كل الأراضى المجاورة معزولة عنه ، وعندئذ يمكن تقرير المرور على أكثر من أرض حتى يصل المالك الى الطريق العام . والأصل أن يكون المرور من أقصر طريق توصل الى الطريق العام باعتباره أن ذلك يلحق أقل ضرر ممكن بملاك العقارات المجاورة ولكن قد لايكون الأمر كذلك دائما ، فقد تكون فى الطريق القصـير أشجار كثيفة تحول دون المرور أو تجعله شاقا . فيتقرر المرور من طريق أبعد يراعى فيه دائما تقريره على العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا ، وفى موضع من هذا العقار يكون المرور فيه كذلك بأقل ضرر ما أمكن ذلك . ويمكن أن يتقرر المرور على ملك من أملاك الدولة الخاصة أو من أملاكها العامة اذا لم يكن هذا الملك طريقا عاما .

سادسا : الأصل فى المرور أن يكون على سطح الأرض ، ولكن قد يتقرر المرور تحت سطح الأرض لاستغلال منجم أو محجر ، أو فوق سطح الأرض كالمرور على جسر أو قنطرة أقامهـا أحد الملاك المجاورين أو أقامتها الدولة فى أملاكها الخاصة .

---

(٤٢) السنهورى : جـ ٨ ــ فقرة ٤٧٢ ــ ص ٧٧٢ ــ ٧٧٥ .

سابعا : يظل حق المرور مقررا ما دامت الأرض محبوسة عن الطريق العام . فاذا زال انحباسها زال حق المقرر بالقانون لانتقاء سببه . فاذا شق طريق عام بجوار الأرض التى كانت معزولة زال ما كان لها من حق فى المرور فى الأراضى المجاورة .

ثامنا : حق المرور الذى تتناوله النصوص التى نشرحها الآن هو حق يقرره القانون كقيد على الأملاك المجاورة ، وبالتالى فهو لا يسقط بعدم الاستعمال وانما يزول بزوال الانحباس ولكن قد يتقرر حق المرور بالاتفاق بين الملاك المتجاورين ، فيكون حق المرور فى هذه الحالة حق ارتفاق لا قيدا على الملكية فقط ، ويترتب على اعتباره حق ارتفاق نتائج عكس التى ذكرناها : فهو يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يزول بزوال الانحباس .

تاسعا : قد لا تكون الأرض معزولة عن الطريق العام . ولكن ولكن نتيجة لتجزئتها بتصرف قانونى صارت بعض أجزائها معزولة فقد يبيع مالك أرض نصفها فيكون الجزء الذى أخذه المشترى معزولا بالجزء الذى احتفظ به البائع ، وقد يقع العكس فيكون البائع معزولا والمشترى متصلا بالطريق العام . وفى هذه الحالة لا يتقرر المرور على الأملاك الأخرى وانما يتقرر لجزء من أجزاء الأرض على باقى أجزائها أو على جزء آخر منها فيتقرر فى الفرض الأول للمشترى حق المرور فى أرض البائع وفى الفرض الثانى حق المرور للبائع فى أرض المشترى ، فاذا تعذر ذلك أمكن تقرير مرور فى أرض أخرى مجاورة بنفس الشروط والأوضاع المتقدمة .

الفصل السابع

وسائل حماية حق الملكية

١١٠ - يقرر القانون وسائل مختلفة لحماية حق الملكية أهمها :

أولا : دعاوى الحيازة actions Possessoires وهى الدعاوى التى يستند اليها المالك بوصفه حائزا ، فالحيازة هى المظهر المادى للملكية . ويهدف منها الى استرداد حيازته أو الى منع تعرض الغير له فى هذه الحيازة أو الى وقف الأعمال الجديدة التى يقوم بها الغير والتى تهدد حيازته وهذه الدعاوى فى مجال الملكية تعادل فكرة التنفيذ العينى فى مجال الالتزام .

ثانيا : دعوى التعويض action en dommages-intérêts وهذه أساسها المسئولية التقصيرية فاذا ارتكب شخص خطأ أضر بالشىء المملوك كان للمالك أن يرجع بالتعويض عليه . وهذه الدعوى فى مجال الملكية تعادل فكرة التنفيذ بطريق التعويض فى مجال الالتزام .

ثالثا : دعوى الانكار : action négatoire ويقيمها المالك ضد من يدعى أن له على الشىء حق انتفاع أو حق ارتفاق على خلاف الحقيقة .

رابعا : دعوى الاستحقاق action en revendication ويرفعها المالك الحقيقى ضد الحائز مطالبا برد الشىء الذى يملكه اليه .

ولما كانت دعاوى الحيازة تتعلق بموضوع الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية ، فاننا سندرسها معا فى الباب الرابع ، أما دعوى التعويض فمحلها النظرية العامة للالتزامات ، وأما دعوى الانكار فهى

لا تحمى حق المـالك فى ذاته وانمـا تنفى عنه ادعاء حق عينى آخر . وبذلك تبقى دعوى الاستحقاق هى التى سنتناولها بالشرح فيما يلى :

١١١ ــ دعوى الاستحقاق : هى دعوى عينية محلها المطالبـة بملكية الشيء عقارا أو منقولا . وهى تقام من مالك الشيء فهو المدعى وتقام ضد من يحوز الشيء الذى يأخذ دور المدعى عليه . والهدف منها هو استرداد المـالك لحيازته . وقد تقام ضد من يتعرض للمالك فى ملكيته وحيازته فيكون الهدف منها هو منع التعرض للمالك . وتختلف دعوى الاستحقاق عن الدعاوى الشخصية ــ فالمودع أو المؤجر أو المعير عندما يطالب المودع عنده أو المستأجر أو المسـتعير بدعوى العقد المبرم بينهما انما يطالبه بدعوى شخصية لأن كلا من هؤلاء لا يدعى ملكية الشيء . أما اذا ادعى أحدهم ملكيته فان المـالك يوجه اليه فى هذه الحالة دعواه العينية دعوى الاستحقاق . كذلك تختلف دعوى الاستحقاق عن دعاوى الحازة . فدعاوى الحيازة لا تهدف الى المطالبة بالملكية ، وانما تهـدف الى المطالبة بحماية الحيازة . وكل دعوى من دعاوى الحيازة تقابلها دعوى من دعاوى الملكية : actions pétitoires فهناك دعوى استرداد الحيازة وتقابلها دعوى استرداد الملكية . وهناك دعوى منع التعرض فى الحيازة ، وتقابل دعوى منع التعرض فى الملكية .وهنـاك دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الحيازة ، وتقابلها دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية . غير أن المـالك يفضل عادة استخدام دعاوى الحيازة لحماية ملكيته وحيازته لأنها أيسر استخداما من دعوى الملكية (١) .

---

(١) السنهورى : جـ ٨ ــ فقرة ٣٧٠ ــ ص ٥٩٨ــ ص ٥٩٩ ، محمد على عرفه : فقرة ١٧٦ ــ ص ٢٣٨ وما بعدها .

ودعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم المسقط لأنها تحمى حقا دائما، وقد سبق شرح ذلك •

وتقتضى دعوى الاستحقاق اثبات الملكية ، وعبء اثبات الملكية عبء باهظ ، اذ لا يكفى أن يثبت الشخص السند الذى يدعى به الملكية كعقد البيع مثلا الذى تملك به • بل يجب أن يثبت أن البائع له كان مالكا وأن من نقل الملكية للبائع كان مالكا ، وهكذا حتى يتيسر اثبات الملكية طوال الفترة اللازمة للتقادم المكسب [٢] • وقد مثل هذا الاثبات ان تيسر فى بعض مراحلة فلابد وأن يتعثر بـل وقـد يستحيل فى باقيها • لذلك فان وسائل اثبات الملكية تقوم فى مجملها على الافتراض وعلى الترجيح وعلى تحويل الاثبات وذلك على النحو التالى ، ويلاحظ أن أغلب القواعد التى سنذكرها فى هذا الشأن مستمدة من القضاء الفرنسى :

١ — يطبق فى المسائل العقارية فى بعض الدول نظام السـجلات العينية livres foncier لشهر التصرفات على العقار ، وهذا النظام يعتبر دليلا قاطعا على ملكية العقار لمن ورد اسمه فى السجل العينى[٣]• ومعنى هذا أن المشرع يفترض فى هذا النظام أن الشخص المسجل باسمه العقار هو المـالك فى نظر القانون ولو كان فى الواقع ما يخالف ذلك • ولخطورة هذا الوضع يخضع المشرع عادة هذا السجل لاشراف القضاء حتى يعطيه هذه الحجية التامة المطلقة • وعلى ذلك فان من بنى ملكيتـه على سند مستخرج من السجل العينى يفترض فيه افتراضـا غير قابل لاثبات العكس أنه هو المـالك وبذلك يحسـم النزاع حول الملكية • وسأتى فى باب التحفيظ والتسجيل أن المشرع المغربى يأخذ الى حد كبير بهذا النظام فى ملكية العقارات المحفظة •

---

(٢) ، (٣) عرفه : فقرة ١٧٩ — ص ٢٤١

٢ ـ من يستند الى أنه يحوز الشيء حيازة مستمرة لا انقطاع فيها ،هادئة لا اكراه فيها ، علنية لا خفاء فيها واضحة لا لبس ولا غموض فيها ، يمكنه أن يستند الى هذه الحيازة فى اثبات ملكيته [٤] ، فالحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس فعند اثبات الحيازة تفترض الملكية الى أن يثبت العكس [٥] .

٣ ـ قد لا يكون بيد مدعى الاستحقاق سند من سجل عينى ، وانما يكون بيده سند يفيد الملكية ، سواء كان ناقلا للملكية كوصية أو هبة أو بيع أو كان كاشفا عن الملكية كعقد القسمة أو عقد الصلح أو الحكم القضائى الصادر لصالحه فى دعوى سابقة ولو كان المدعى عليه فيها شخص آخر غير المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق . وهذا السند ليس سوى دليل ظنى غير قاطع على الملكية ، اذ لا يمكن التأكيد بأن من نقل الملكية بموجبه كان مالكا أو ان مدعى الملكية لم يتصرف فيها بعد الحكم القضائى . ولذلك يمكن تكملة الدليل المستمد من هذا السند الظنى بوسائل أخرى منها أن يكون صاحب هذا السند هو الذى يؤدى الضرائب المستحقة على العقار أو ان سندات الملاك المشتاعين السابقين مماثلة لسنده ، أو أن هذا السند سجل طبقا لنظام السجلات الشخصية لا العينية . وتعتبر هذه كلها قرائن قضائية تساعد فى اثبات الملكية أى تساعد القاضى على ترجيح كفة أحد الطرفين على الآخر . ومع ذلك فان

---

(٤) يلاحظ هنا ان القانون المغربى لا يعترف بالحيازة سبيلا الى اكتساب الملكية بالتقادم المكسب على عقار محفظ ، ومع ذلك فهى تصلح للاستناد اليها عند تحفيظ العقار لاول مرة .

(٥) السنهورى : ج ٨ ـ فقرة ٣٧٤ ـ ص ٦٠٤

بعض الفقهاء يعتبر السند موجبا للحكم بالاستحقاق للمدعى ما دام سابقا على وضع المدعى عليه يده [٦] .

٤ ـ اذا كان بيد كل من الطرفين سند صادر من نفس الشخص كأن باع شخص عقارا لشخصين فى وقت واحد فان من كان سنده مسجلا يفضل على غيره فاذا كان السندان مسجلين فالعبرة بالتسجيل الأسبق تاريخا واذا كان السندان غير مسجلين قضى لمن كان سنده سبق تاريخا ، الا أنه اذا كان السندان يتضمنان وصية فان القاعدة هى العكس أى أن الوصية اللاحقة تلغى السابقة [٧] .

٥ ـ اذا كان بيد كل من المدعى والمدعى عليه سند ولكن السندان صادران من شخصين مختلفين ففى هذه الحالة اذا كانت حيازة المدعى عليه مستوفية لشروطها حكم لصالحه برفض دعوى الاستحقاق ، لأن أحدهما لا يرجح صاحبه بسنده ، واذن فقد تهاتر السندان فرجح المدعى عليه بحيازته . ولكن اذا استطاع المدعى أن يثبت أن سلفه كان يفوز على سلف الحائز المدعى عليه لو أقيمت بين السلفين دعوى الاستحقاق ، فان سند المدعى يرجح ويحكم له بالاستحقاق . ويستطيع المدعى أيضا أن يطعن فى حيازة المدعى عليه ويكشف عيوبها ، وبذلك لا يفضل عليه المدعى عليه ، ويرجع الأمر للقاضى ليوازن بين السندين [٨] .

---

(٦) عرفه : فقرة ١٨١ ـ ص ٢٤٢ . وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن « حق الملكية يظل مزعزعا دائما ، اذا لم يكن للعقود المعدة لانشائه أثر الا فيما بين المتعاقدين ، اذ ان استحالة اشراك الغير فى عقود لا تخصهم يؤدى بالضرورة الى استحالة الحصول على سندات تحمى الملكية فى مواجهة الغير » ـ نقض ١٩٠١/١/٩ ـ دالوز ٤٤٩/١/١٩٠١ ؛ عرفه : فقرة ١٨١ ـ ص ٢٤٢ .

(٧) عرفه : فقرة ١٨٢ ـ ص ٢٤٤ .

(٨) عرفه : فقرة ١٨٢ ـ ص ٢٤٣ .

٦ ـ قد يكون بيد المدعي والمدعي عليه سندان من شخصين مختلفين ولا يمكن ترجيح حيازة أحد الخصمين على الآخر اذا كانا قد تبادلا الحيازة دون أن تستقر لأحدهما • وعندئذ تفاضل المحكمة بين سندات الخصمين مستندة الى القرائن القضائية التى يتقدم بها كل منهما •

٧ ـ اذا لم يكن بيد أى من الطرفين سند ، فاذا كانت حيازة أحدهما مستقرة مستوفية للشروط قضى لصالحه • أما اذا لم تكن منهما حيازة مستوفية للشروط فان الأمر يخضع للمفاضلة بينهما عن طريق القرائن القضائية • فقد يفاضل القاضى بين الحيازتين فيفضل احداهما على الأخرى . وقد يعتبر من يقوم بسداد الضرائب أو أقام منشآت فى العقار هو المالك •

٨ ـ اذا كان لدى أحد الطرفين سند وليس لدى الآخر سند ، فاذا كان من بيده السند هو المدعى وكان سنده سابقا على حيازة المدعى عليه قضى له بالاستحقاق أما اذا كان سنده لاحقا لحيازة المدعى عليه فالأمر يخضع للمفاضلة بين الحيازة والسند ولا توجد قاعدة ثابتة • وأما اذا كان السند بيد المدعى عليه الحائز . فهو قد جمع بين السند والحيازة فيقضى لصالحه برفض دعوى الاستحقاق[٩] •

والاثبات فى كثير من الحالات المتقدمة يكون بطريق تحويل الاثبات أى أن الاثبات لا يرد على الواقعة الأصلية المطلوب اثباتها وانما يرد على واقعة أخرى يستخلص من ثبوتها ثبوت الواقعة الأصلية • فقد لا يقوم دليل على الملكية ، ولكن يستنتج من قيام المدعى بسداد الضرائب العقارية بصفة منتظمة أنه هو المالك ، لأن المالك هو عادة الذى يقوم بذلك •

---

(٩) السنهورى : جـ ٨ ـ الفقرات ٣٧٧ ـ ٣٧٩ ـ ص ٦٠٩ ـ ص ٦١٤ .

وهذا هو معنى تحويل الاثبات[١٠] • وهذا هو أيضا السبب فى أننا قلنا ان دعاوى الحيازة أيسر بكثير من دعاوى الملكية •

وقد نص تقنين الالتزامات والعقود المغربى على قواعد مماثلة فى هذا الخصوص منها الفصل ٤٥٧ : « عندما يكون كل من الطرفين حسن النية يرجح جانب الحائز اذا كان حسن النية وقت اكتسابه الحيازة ولو كان سنده لاحقا فى التاريخ » ــ والفصل ٤٥٨ ونصه : « اذا لم تكن الحيازة ثابتة لأحد وتساوت السندات رجح جانب من كان سنده سابقا فى التاريخ • ــ اذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت » •

وأخيرا ينص الفصل ٤٥٩ على أنه « اذا أعطيت عن الأشياء ما يمثلها من شهادات ايداع أو بوليصات نقل أو غيرها من السندات المشابهة رجح جانب من يحوز الأشياء على من يحوز السند اذا كان كل منهما حسن النية وقت اكتسابه الحيازة » •

---

(١٠) السنهورى : جـ ٨ ــ فقرة ٢٧٦ ــ ص ٦٠٨

الباب الثانى

سائر الحقوق العينية الأصلية

١١٢ ــ ذكرنا فى مقدمة هذا المؤلف أن الحقوق العينية الأصلية تتكون من حق أساسى هو حق الملكية ، وعدد من الحقوق المتفرعة عنه هى:

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق السطحية وحق الكراء طويل الأمد وحقوق الارتفاق ، وحقوق البحث المنجمى والبترولى. ولما كنا قد تعرضنا لهذه الأخيرة من قبل فلن نعود الى بحثها فى هذا الموضع[1] .

وعلى ذلك فان هذا الباب يجب أن نقسمه الى ستة فصول على النحو التالى :

الفصل الأول حق الانتفاع .

الفصل الثانى حق الاستعمال وحق السكنى .

الفصل الثالث حق السطحية .

---

(١) سبق ان بينا ان حقوق الملكية الادبية والفنية والصناعية ليست حقوق ملكية بالمعنى الكامل ، وانها حقوق عينية أصلية متميزة عن حق الملكية وهى حقوق مؤقتة وليست دائمة كحق الملكية . وهذه الفئة من الحقوق تحتاج الى مؤلف خاص بها ؛ خاصة وانها تتشعب فى مجال القانونين المدنى والتجارى . لذلك فاننا لن نتناولها بالبحث فى هذا المؤلف .

الفصل الأول

حق الانتفاع

١١٣ ــ التعريف بحق الانتفاع وبيان خصائصه : يعرف التشريع المطبق على العقارات المحفظة حق الانتفاع في الفصل ٣٥ منه بقوله :

« الانتفاع حق عيني في التمتع بعقار على ملك الغير ينقضي لزوما بموت المنتفع[١] » . وهذا النص يبين منه أن حق الانتفاع حق عيني ، يرد على أشـياء غير قابلة للاسـتهلاك وهو مؤقت وينتهي حتما بوفاة المنتفع :

أولا ــ الانتفاع حق عيني : حق الانتفاع حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية . فاذا كانت عناصر حق الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، فحق الانتفاع يستحوذ على عنصرين منها ، هما :

الاستعمال والاسـتغلال ، ولا يترك للمالك الا عنصر التصرف ، أي ملكية الرقبة La nue-propriété . وكما فسرنا كلمة التمتع في الفصل ٩ من تشريع العقارات المحفظة بأنها تشـتمل استعمال المـالك

---

(١) لم يعرف التقنين المدني المصري حق الانتفاع تاركا ذلك للفقه ، أما التقنين المدني الفرنسي فيعرفه في المادة ٥٧٨ كما يلي :

"L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance".

ويؤخذ على هذا النص أنه لا يبين كون الانتفـاع حقا عينيا ولا يبرز صفته المؤقتة انظر : مازو : فقرة ١٦٤٧ ــ ص ١٢٧٤ .

الشيء بنفسه أو الاستفادة منه عن طريق استغلاله للحصول على ايراد منه فكذلك كلمة التمتع فى الفصل ٣٥ الخاص بحق الانتفاع تحمل نفس هذين المعنيين أى تشتمل الاستعمال والاستغلال معا .

واعتبار الانتفاع حقا عينيا يقتضى تمييزه عن الايجار وعن الملكية الشائعة :

(ا) تمييز الانتفاع عن الايجار :

حق المنتفع يتفق مع حق المستأجر فى أن لكل منهما الانتفاع ، ولكن هناك فروق عديدة على جانب كبير من الأهمية بين حق كل منهما :

فحق المستأجر حق شخصي ، بينما حق المنتفع حق عيني[٢] . وتستتبع هذه الفكرة النتائج التالية :

١ ــ أن المستأجر يحتاج الى وساطة المؤجر لتمكينه من الانتفاع ، لأن حقه حق شخصى . أما المنتفع فلا يحتاج لوساطة مالك الرقبة ، لأن حقه حق عينى ، فهو يصل الى الشيء مباشرة دون وساطة أحد ، ولهذا السبب لم يذكر تشريع العقارات المحفظة التزاما بالتسليم على عاتق مالك الرقبة ،وانما ذكر الفصل ٥٣ أن : « يتسلم المنتفع العقارات فى الحالة التى توجد عليها ، غير أنه لا يمكنه الشروع فى استغلالها الا بعد اقامة بيان حالتها بحضور المالك أو بعد دعوته للحضور بكيفية قانونية » . فحضور المالك ليس للتسليم ولا للتوسط فى تمكينه من الانتفاع وانما لاثبات حالة العقار فقط .

---

(٢) يطالب بعض الفقهاء بان يكون حق المستاجر حقا عينيا اسوة بحق المنتفع .

ويلاحظ أن الفقه الاسلامي يجعل حق المستاجر التزاما بالعين وهو فكرة قريبة من الحق العيني .

٢ ــ أن المنتفع يستطيع أن يرهن حقه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا. أما المستأجر فلا يستطيع ذلك لأن حقه حق شخصى .

٣ ــ يستطيع المنتفع أن يتنازل عن حقه للغير ، ولا يلزم اعلان ذلك الى مالك الرقبة ، أما المستأجر المتنازل فهو يحول حقا شخصيا ، ولذلك يجب اعلان المؤجر لنفاذ الحوالة فى مواجهته . وتنازل المنتفع يجب تسجيله فى السجل العقارى ، لأنه ينصب على حق عينى . أما تنازل المستأجر فلا يحتاج الى تسجيل لأنه يتعلق بحق شخصى [٣] .

(ب) تمييز الانتفاع عن الملكية الشائعة :

الملكية الشائعة حق ملكية كاملة تشمل العناصر الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف ، أما الانتفاع فيشمل العنصرين الأولين فقط . والمنتفع ليس فى حالة شيوع مع مالك الرقبة وانما تنصب حقوق كل منهما على عنصر لا تنصب عليه حقوق الآخر . ومع ذلك فمن المتصور أن توجد حالة شياع فى حق الانتفاع كما يوجد الشياع فى الملكية .

ثانيا ــ الانتفاع يرد على أشياء غير قابلة للاستهلاك :

سنرى أن المنتفع يلتزم برد الشىء الذى ينتفع به ، وذلك يقتضى أن يكون الشىء غير قابل للاستهلاك حتى يمكن أن يرده المنتفع . أما الأشياء المثلية القابلة للاستهلاك فتكون محلا للقرض حيث ينشأ التزام على المقترض برد مثلها .

ومع ذلك ينشأ أحيانا حق انتفاع على أشياء قابلة للاستهلاك ، وذلك بصفة خاصة حين يوصى شخص لآخر بحق انتفاع بجزء من تركته ،

---

(٣) السنهورى : الوسيط جـ ٩ ــ فقرة ٤٧٧ ــ ص ١٢٠١ ــ ص ١٢٠٢ .

فاذا كان فى التركة أشياء قابلة للاستهلاك ، نشأ حق الموصى له فى الانتفاع بهـا ، فيستطيع أن يستهلكها ، وعند انتهاء مدة حق الانتفاع يلتزم برد مثلها أو برد قيمتها • ما دام المنتفع يستهلك هذه الأشياء فهو لا ينتفع بها فقط بل هو يتصرف فيها تصرفا ماديا ، ومعنى ذلك أن له عليها حق ملكية لا مجرد حق انتفاع ، ولذلك تسمى هـذه الصورة شبه حق الانتفاع quasi-usufruit ، وفيها يتملك المنتفع الشىء القابل للاستهلاك ، ويصبح المـالك السابق دائنا للمنتفع بمثل الشىء أو قيمته [٤] • وهذه من الصور الفريدة التى يتحول فيها حق الملكية الى حق دائنيه ، أى من حق عينى الى حق شخصى • وقد نص على هذه الصورة الفصل ٤١ من تشريع العقارات المحفظة المغربى بقوله :

« اذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها الا باستهلاكها فللمنتفع الحق فى أن يستعملها بشرط أن يرد مثلها كما وكيفا وقيمـة ـ أو ما تقوم به عند انتهاء الانتفاع » • ونص عليها التقنين المدنى المصرى فى المـادة ٩٩٢/٢ بقوله : « وللمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشـياء القابلة للاسـتهلاك وانما عليه أن يرد بدلها عند انتهـاء حقه فى الانتفاع » • كذلك تنص عليها المـادة ٥٨٧ مدنى فرنسى •

والأشياء غير القابلة للاسـتهلاك التى يمكن أن تكون محلا لحق الانتفاع هى الأراضى والمبـانى ، والحيوانات والسـيارات والأثاث ، بل ان الا الأشياء غير المـادية كذلك تكون محلا لحق الانتفاع ، فالقيم

---

(٤) مازو : فقرة ١٦٥٢ ــ ص ١٢٧٧ ؛
السنهورى : فقرة ٤٧٧ ــ ص ١٢٠٥ ــ ص ١٢٠٦ ؛
ديكرو : فقرة ٤٦٦ ــ ص ٣١٩ •

المنقولة كالأسهم والسندات ، وحق المؤلف والمخترع . والحقوق الشخصية يمكن أن تكون محلا لحق الانتفاع . ويدعو هذا بعض الفقهاء الى التساؤل عما اذا كان حق الانتفاع — وهو يرد على حق شخصي — يعتبر حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية ، أما حقا متفرعا عن الحقوق بوجه عام[٥] .

ومن الممكن أن يرد حق الانتفاع على حق انتفاع آخر ، وأن يرد على حق ارتفاق بشرط أن يكون واردا على العقار المرتفق أيضا ، أي أنه لا يرد على حق الارتفاق استقلالا . ويرد حق الانتفاع كذلك على المجموع من المال ، مثل التركة ، وهي مجموع قانوني . ومثل المتجر أو قطيع من الأغنام ، وهو مجموع فعلي .

واذا ورد حق الانتفاع على شيء يبلى بطول الاستعمال ، فان المنتفع يلتزم برد الشيء بالحالة التي يكون عليها عند انتهاء الانتفاع ، فاذا كان قد أصابه التلف بخطئه ، التزم بالتعويض ، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٥٨٩ مدني فرنسي[٦] . كما نص عليه الفصل ٤٣ من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بقوله : « اذا شمل الانتفاع أشياء لاتستهلك في الحين ولكن تتلاشى تدريجيا بالاستعمال فان للمنتفع الحق في استعمالها لما أعدت له ، ولا يكون ملزما بردها عند انتهاء الانتفاع الا على الحالة التي توجد عليها ودون أن يكون بها تلف بسبب تدليس أو خطأ منه » .

---

(٥) السنهوري : جـ ٩ — فقرة ٤٧٨ — ص ١٢٠٦ . والهامش رقم ١ — ص ١٢٠٧ .

(٦) مازو : فقرة ١٦٥٢ — ص ١٢٧٧ .

ثالثا ــ الانتفاع حق مؤقت ينتهى بوفاة المنتفع :

تتفق فىهذا أحكام القانون المغربى مع القانونين الفرنسىوالمصرى • فحق الانتفاع مؤقت على خلاف حق الملكية فهو مؤبد • وحق الانتفاع تكون له عادة مدة محددة ، واذا لم تحدد له مدة فهو ينتهى دائما بوفاة المنتفع • فحق الانتفاع لابد أن يقترن بأجل فاسخ •

والسبب فى انهاء حق الانتفاع بوفاة المنتفع دائما ، أن هذا الحق يوجد وضعا معقدا ، فالمالك يحتفظ بملكية الرقبة ، أى بحق التصرف، ولكنه مع ذلك قد لا يستطيع أن يتصرف فى الشىء ، لأن أحدا لا يرغب عادة فى امتلاك شىء لا ينتفع به لثبوت منفعته لغيره • ومن ناحية أخرى فان المنتفع يحتفظ بهذه المنفعة وحدها ولا يضم اليهم ملكية الرقبة • لذلك فان القانون لم يسمح بأن يورث حق الانتفاع بل قضى بأن يزول بوفاة المنتفع ؛ حتى يزول هذا الوضع الشاذ وتجتمع للمالك عناصر ملكيته ، وهو الوضع الطبيعى •

١١٤ ــ ولدراسة أحكام حق الانتفاع سنتناول مصادر حق الانتفاع أو أسباب كسبه ، وآثاره ، وأسباب انقضائه ، ولكل من هذه الموضوعات الثلاث سنخصص مبحثا من هذا الفصل •

المبحث الأول

مصادر حق الانتفاع

١١٥ — نصوص قانونية :

ينص الفصل ٣٦ من تشريع العقارات المحفظة على ما يلى :

« ان حق الانتفاع يقرره القانون أو ارادة الانسان ، ويمكن أن يكون هذا الحق مقيدا بأجل أو بشرط » .

وتنص المادة ٩٨٥ من التقنين المدنى المصرى على أن :

١ — « حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » .

٢ — ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين اذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن(٧) .

---

(٧) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المادة ٩٨٩ مدنى مطابقة للنص المصرى غير ان الفقرة الأولى منها تضيف القانون كمصدر لحق الانتفاع .

— فى القانون العراقى : المادة ١٢٤٩ مدنى تنص على انه يصح ان تملك منافع الأعيان دون رقبتها سواء كانت الأعيان عقارا أو منقولا والمادة ١٢٥٠ مدنى تنص على أن : « يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية . ويجوز أيضا أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم » .

ويلاحظ أن القانون العراقى لا يسمح بالشفعة فى الانتفاع .

— فى القانون السورى : المادة ٩٣٧ مدنى (موافقة للمادة ٣٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى) وهى لا تجعل التقادم والشفعة من مصادر حق الانتفاع .

— فى القانون اللبنانى : المادة ٣٣ من قانون الملكية العقارية تنص على أن : « ينشأ حق الانتفاع بمجرد ارادة الانسان ، ويمكن انشاؤه الى اجل أو شرط » . ويلاحظ أن القانون اللبنانى يسمح باكتساب حق الانتفاع بالشفعة . انظر : السنهورى : جـ ٩ — ص ١٢١١ — هامش رقم ١ .

١١٦ — ينشأ حق الانتفاع من مصادر مختلفة : فينشأ من التصرف القانونى سواء كان بارادة منفردة كالوصية أم بعقد ، وينشأ من الواقعة القانونية كالتقادم • وينشأ من القانون • وفى هذه الأحوال المختلفة قد يوجد حق الانتفاع ابتداء بعد أن لم يكن موجودا من قبل ، وقد يوجد انتقالا من شخص الى آخر ، وقد يوجد بطريق الاحتفاظ به ، كما لو نقل المالك ملكية العقار الى شخص آخر واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع به طيلة حياته فهو يستبقى الانتفاع ولا ينشئه •

ويلاحظ أن حق الانتفاع لا ينشأ من الميراث ، لأنه كما رأينا حق لا يورث • فاذا أراد المالك أن يمد حق الانتفاع الى ورثة المنتفع ، فعليه أن يسلك طريق الوقف • كذلك لا ينشأ حق الانتفاع من الاستيلاء ، ولا من الالتصاق ، اذ يصعب تصور وجوده فى هذه الحالات اذ الحق الذى ينشأ منها هو حق الملكية لا حق الانتفاع • ولكن اذا زاد العقار زيادة بالالتصاق استفاد بها المنتفع اذ ينص الفصل ٤٩ عقارات محفظة على أن : « يتمتع المنتفع بما زيد فى العقار بالالتصاق » •

واليك بيان المصادر التى ينشأ حق الانتفاع منها :

١١٧ — أولا : الوصية : ينشأ حق الانتفاع ابتداء بالايصاء عندما يوصى شخص لآخر بمنفعة مال معين ، فتكون لورثته ملكية الرقبة ، وللموصى له حق الانتفاع ، وهو هنا حق مبتدأ • ويمكن أن ينشأ حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ ، وذلك حين يوصى المالك لشخص بملكية عين ، ويحتفظ لورثته بحق الانتفاع بها • وتنطبق على حق الانتفاع الناشىء عن الوصية أحكام الوصة من حيث النصاب ووجوب التسجيل فى العقار وما الى ذلك •

وقد نص على نشوء حق الانتفاع بالوصية الفصل ٣٦ من تشريع العقارات المحفظة المغربى بقوله : « ان حق الانتفاع يقرره القانون أو ارادة الانسان » . والوصية كما هو معلوم عمل ارادى . كذلك نص الفصل ١٩٠ من مدونة الأحوال الشخصية على أنه : « يصح أن يكون الموصى به عينا ، ويصح أن يكون منفعة لمدة معلومة أو مؤبدة » .

ويلاحظ أن التأبيد فى هذا النص لا يجاور مدة حياة المنتفع. كذلك رأينا فى نص القانون المصرى المتقدم ذكره أن الوصية بحق الانتفاع جائزة ، بل وتجوز لأشخاص متعاقبين . بحيث ينشأ حق الثانى منهم عندما ينتهى حق الأول ، وينشأ حق الثالث عندما ينتهى حق الثانى وهكذا . وفى هذه الحالة لا يقوم شيوع بين المنتفعين المتعاقبين ، وانما يستقل كل منهم بالشىء كله مدة انتفاعه . أما اذا أوصى لهؤلاء للمنتفعين بالانتفاع مجتمعين فى وقت واحد . كان حق الانتفاع شائعا بينهم .

ويشترط القانون المصرى فى الوصية بحق الانتفاع أن يكون الموصى له موجودا على قيد الحياة عند الوصية ، أو على أقل تقدير أن يكون حملا ممكنا . كذلك ورد هذا الشرط فى مدونة الأحوال الشخصية المغربية فى الفصل ١٧٨ : « تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو كان منتظر الوجود » .

ثانيا ــ العقد : ينشىء العقد حق الانتفاع بالطرق الثلاث التى رأيناها : فهو ينشئه ابتداء ، أو انتقالا ، أو بطريق الاحتفاظ .

فينشأ حق الانتفاع ابتداء بأى تصرف قانونى بعوض أو بغيرعوض. ولكن العوض فى التصرف فى حق الانتفاع يصعب تقديره ، لأن حق الانتفاع حتى وان حددت له مدة فهو ينتهى دائما بموت المنتفع ولا يدرى

أحد متى يموت المنتفع . ولذلك يندر أن ينشأ حق الانتفاع بعقد بيع أو مقايضة .

وتوجد صعوبة تتعلق بتقرير حق انتفاع لشخص معنوى . فهذا الحق يسرى للمدة المحددة ان حددت له مدة . ولكن اذا لم تحدد له مدة فمتى ينتهى حق الشخص المعنوى فى الانتفاع ؟ هذه الصعوبة قد حلها المشرع الفرنسى فى المادة ٦١٩ مدنى بأن جعل مدة انتفاع الشخص المعنوى لا تزيد عن ثلاثين سنة . وأخذ بهذا الحل المشرع المغربى فى الفصل ٦٨ من تشريع العقارات المحفظة بقوله : « الانتفاع الغير الممنوح للأفراد لا يدوم ولا يمكن تسجيله الا لمدة ثلاثين سنة » . واستبعد المشرع السورى (المادة ٩٣٦ مدنى) والمشرع اللبنانى (المادة ٣٢ ملكية عقارية) انشاء حق الانتفاع لصالح الأشخاص المعنوية. أما القانون المدنى المصرى فلم يرد به نص يحل هذه المشكلة . ولذلك فان الفقه المصرى يقرر أن انشاء حق الانتفاع للشخص المعنوى جائز ويسرى للمدة المحددة ان حددت مدة . واذا انحل الشخص المعنوى قبل انتهائها ينتهى حق الانتفاع ، فاذا لم تحدد مدة ينتهى حق الانتفاع عند حل الشخص المعنوى [٨] .

والعقد الذى ينشىء حق الانتفاع يمكن أن يكون مقترنا بشروط وتكاليف معينة . فيجوز جعل حق الانتفاع لا يجوز التصرف فيه أى يكون حق انتفاع مقترن بشرط مانع من التصرف . وتنطبق عليه نفس الأوضاع التى سبق ذكرها فى حق الملكية ، فيجب أن يكون لمدة معقولة ومبنيا على باعث مشروع .

---

(٨) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٤٨٤ ــ ص ١٢١٤ .

وكما ينشأ الانتفاع من العقد ابتداء ينشأ منه بطريق الانتقال . ويقع ذلك عندما يتصرف المنتفع فى حقه الى شخص آخر . وينتهى حق الانتفاع (حتى بالنسبة الى المتصرف اليه فى الانتفاع) بموت المنتفع الأصلى . أما اذا توفى من تصرف له المنتفع الأصلى فلا ينقضى حقه بل ينتقل الى ورثته ، وتعتبر هذه صورة خاصة ينتقل فيها حق الانتفاع بالميراث[٩].

ورغم أن الفصل ٣٧ من تشريع العقارات المحفظة المغربى قـد حـدد الحالات التى ينشأ فيها حق الانتفاع ، ولم يورد بينها ورود حق الانتفاع على حق انتفاع ، الا أن ذلك لا يمنع من تقرير هذه القاعدة ، لأن المشرع لم يورد الحقوق المذكورة فى الفصل ٣٧ على سبيل الحصر ، ولم يستعمل فى تقريرها أسلوب القصر. بل قال: « ويمكن أن يقرر هذا الحق على.. ».

واذا كان الفصـــل ٣٧ يسمح بنشوء حق الانتفاع على حق كراء طويل الأمد ، فأولى أن يسمح بنشوء حق انتفاع على حق انتفاع[١٠] .

---

(٩) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٤٨٤ ـ ص ١٢١٥ ـ ص ١٢١٦ ، وقارن ديكر : فقرة ٤٦٦ ـ ص ٣٢٠ حيث يرى انقضاء حق الانتفاع بوفاة اى من المنتفعين .

(١٠) نص الفصل ٣٧ عقارات محفظة هو : « ويمكن ان نقرر هـذا الحق :

اولا : على الملكية العقارية .
ثانيا : على حق الكراء الطويل الامد لمدته .
ثالثا : على حق السطحية .
رابعا : على الرهن الحيازى .
خامسا : على الحقوق العينية المذكورة فى الفقرة العاشره من الفصل الثامن من هذا المرسوم الملكى » .

ومع ذلك يرى الدكتور الكزبرى (ص ١٥٠) ان حق الانتفاع العقارى لا يرد الا على الحقوق المذكورة فى الفصل ٣٧ فلا يرد على حق انتفاع لأنه لم يرد فى ذلك النص ، اما الانتفاع بالمنقول فيخضع لمبدأ حرية التعاقد ، ولكن يلاحظ كما ذكرنا فى المتن ان النص لم يقصر الانتفاع على هذه الحقوق، بل انه يقول ان الانتفاع يمكن ان يقرر على هذه الحقوق ومعنى هذا انه يمكن ان يتقرر على غيرها ، بل ان الفقرة خامسا منه تشير الى ورود حق الانتفاع على الحقوق العرفية الاسلامية المذكورة فى الفقرة عاشرا من الفصل الثامن وهذه الحقوق هى فى الحقيقة تتضمن صورا مختلفة من الانتفاع .

كذلك ينشأ حق الانتفاع من العقد بطريق الاحتفاظ، ومثال ذلك أن يتصرف الشخص فى عقار يملكه ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع به طيلة حياته . والعقد فى هذه الحالة ينشىء ملكية رقبة للمتصرف اليه ، أما حق الانتفاع فيظهر بطريق غير مباشر باستبقائه من بين عناصر الملكية . وقد اعتبر القانون المصرى (المادة ٩١٧ مدنى) هذا التصرف وصية مستترة ما لم يقم الدليل على العكس .

١١٨ — ثالثا : القانون : ينشىء القانون فى فرنسا بنصوص خاصة حقوق انتفاع قانونية . ومن ذلك حقوق الانتفاع المتعلقة بالارث ، كحق انتفاع أحد الزوجين بجزء من تركة الزوج الآخر المتوفى ، وحق الانتفاع المقرر للوالدين على أموال أولادهم القصر حتى بلوغهم سن الثامنة عشرة ويعتبر بعض الفقهاء حق الانتفاع الذى يكتسب بالتقادم مقررا بمقتضى القانون[١١] .

ويشير القانون المغربى الى نوع من حق الانتفاع للآباء والأمهات على أموال أبنائهم فى الفصل ٥٤ من تشريع العقارات المحفظة الذى يقول : « يقدم المنتفع ضمانا على أن يتمتع كما يتمتع الشخص الحريص على شئون نفسه وذلك ما لم يكن معفيا منه بموجب العقد المنشىء لحق الانتفاع ، غير أن الآباء والأمهات الذين لهم حق الانتفاع الشرعى بأموال ابنائهم والبائع أو الواهب بشرط الاحتفاظ بالانتفاع ليسوا ملزمين بتقديم أى ضمان » ويلاحظ أن حق انتفاع الوالدين بأموال الأبناء يتعلق بغير المسلمين . كذلك تذكر مدونة الأحوال الشخصية حق انتفاع جزئى فى حالة « من أوصى لحمل معين وتوفى ، فللورثة غلة الموصى به الى أن

---

(١١) مازو : الفقرتان ١٦٥٩ و ١٦٦٠ — ص ١٢٧٩

ينفصل حيا فتكون له » (الفصل ٢٠١ من المدونة [١٢]) وحق الاتتفاع هنا جزئى لأنه يقتصر على غلة الشىء الموصى به دون حق استعماله .

ولكن الكثير من حالات حق الاتتفاع القانونى فى المغرب تأتى من نظم أجنبية كالقانون الفرنسى عندما تسمح قواعد القانون الدولى الخاص المغربى بانطباقها [١٣] .

١١٩ — رابعا : التقادم المكسب : يقع ذلك فى القانون المصرى والفرنسى بالتقادم القصير فى العقار اذا كانت الحيازة مقترنة بسبب صحيح وحسن نية ، أما التقادم الطويل الذى لا يستند الى شىء من ذلك فالغالب أن من يحوز مدة التقادم الطويل يدعى الملكية لا حق الاتتفاع .

أما فى القانون المغربى فان التقادم لا يكون سبيلا لاكتساب حق عينى على عقار محفظ وذلك طبقا للفصل ٦٣ من تشريع التحفيظ العقارى .

١٢٠ — خامسا : الشفعة : يجوز فى القانون المصرى اكتساب حق الاتتفاع بطريق الشفعة ، ويفضل فى ذلك مالك الرقبة اذا بيع حق الاتتفاع الملابس لهـا كله أو بعضه (المـادة ٩٣٦ مدنى) وكذا القانون الليبى (المـادة ٩٤٠ مدنى) أما القانون السورى فلا يأخذ بالشفعة . وأما القانون اللبنانى فيسمح (فى المـادة ٢٣٩ ملكية عقارية) باكتساب حق الاتتفاع بالشفعة وذلك لصالح مالك الرقبة اذا بيع حق الاتتفاع كله أو بعضه [١٤] .

---

(١٢) ديكرو : فقرة ٤٥٦ — ص ٣١٤

(١٣) ديكرو : فقرة ٤٥٦ — ص ٣١٤

(١٤) السنهورى : جـ ٩ — ص ٥٤١ — هامش . — ٢

أما في القانون المغربي فقد رأينا أن الشفعة لا تكون الا في حالة الملكية الشائعة والحقوق العينية العقارية الشائعة (الفصل ٢٥ من تشريع العقارات المحفظة) وبمقتضى حق الشفعة يستطيع الشريك في حق الانتفاع أن يكتسب الحصـــة من الانتفــاع المبيعة الى شخص آخر من الشركاء أو من غيرهم (الفصل ٢٧ عقارات محفظة) وعلى ذلك فان القــانون المغربي يسمح باكتساب حق الانتفاع بالشفعة في بعض الحالات .

المبحث الثانى

آثار حق الانتفاع

١٢١ — يرتب حق الانتفاع للمنتفع حقوقا فى الاستعمال والاستغلال ويرتب على عاتقه التزامات نحو مالك الرقبة . كذلك توجد حقوق والتزامات تتعلق بمالك الرقبة . وتتناول فيما يلى كل ذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : حقوق المنتفع وسلطاته .

المطلب الثانى : التزامات المنتفع .

المطلب الثالث : حقوق والتزامات مالك الرقبة .

المطلب الأول

حقوق المنتفع وسلطاته

١٢٢ ـ نصوص قانونية : تنص المادة ٩٨٦ مدنى مصرى على أن « يراعى فى حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة فى المواد الآتية » (١٥) .

وتنص المادة ٩٨٧ مدنى مصرى على أن : « ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » (١٦) .

---

(١٥) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :

ـ فى القانون الليبى : المادة ٩٩١ مدنى (مطابقة) .

ـ فى القانون العراقى : المادة ١٢٥١ مدنى (مطابقة) .

ـ فى القانونين السورى واللبنانى : لا مقابل له .

(١٦) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :

ـ فى القانون الليبى : المادة ٩٩١ مدنى (مطابقة) .

ـ فى القانون العراقى : المادة ١٢٥٢ موافقة للنص المصرى ونصها : «للمنتفع أن يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه وله أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه وله نتاج المواشى وعليه أن يعوض منها ما نفق من الأصل » .

ـ فى القانون السورى واللبنانى : المادة ٩٤٤ مدنى سورى مطابقة للمادة ٤٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى وهى منقولة عنه ونصها :

١ ـ المنتفع الحق بثمار العقار أى بالحاصلات الطبيعية أو النقدية التى يغلها العقار فى فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئا من جوهر العقار ، ويدخل فى هذه الحاصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ٣٨ من تشريع العقارات المحفظة على أن « للمنتفع أن يتمتع بكل ما يمكن أن ينتجه العقار موضوع ذلك الحق من أنواع الثمار سواء منها الطبيعية أو الصناعية أو المدنية » .

وينص الفصل ٣٩ من التشريع المذكور على أن الثمار العالقة بالأغصان أو الجذور وقت نشوء حق الانتفاع هى لصاحب هذا الحق ، والثمار غير الناضجة التى توجد فى نفس الحالة وقت انقضاء حق الانتفاع تكون لمالك الرقبة من غير أن يكون لأحدهما على الآخر تعويض عن الحرث والبذور ، وهذا بصرف النظر عن القسط الذى قد يستحقه المزارع من الثمار ان وجد هذا المزارع عند ابتداء أو انتهاء حق الانتفاع » .

ويقضى الفصل ٤٠ بما يلى : « ان الثمار المدنية ككرية الدور وثمن ايجار الأراضى وايراد العقارات المرهونة رهنا حيازيا وفائدة الديون

---

٢ — ويدخل فى حكم الثمار حاصلات المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، واذا كانت هذه الحاصلات عائدة لمالك العقار : بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع ، والأشجار اذا كانت تغل بآجال منتظمة لاستهلاك حطبها او بيعها . كذلك تطابق المادة ٩٤٥ مدنى سورى ، المادة ٤١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والأولى منقولة عنها ونصها :

١ — فى بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع الثمار التى لم تكن قد جمعت بعد أو ما كان منها باقيا بدون جمع بين المنتفع ومالك العقار بنسبة المدة التى كان فيها حق الانتفاع قائما والمدة التى لم يكن قائما فيها ، مع مراعاة مدة الانتاج السنوية أو غير السنوية المقابلة للثمار .

٢ — ليس لمالك العقار على المنتفع ، ولا للمنتفع على مالك العقار حق استرداد شىء من نفقات الحراثة ، وانما يحسب له ثمن الاسمدة والبذار التى تكون قد استعملت لتحضير الثمار النائمة على الارض عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته » انظر السنهورى : جـ ٩ ص ١٢٢٦ هامش رقم ٣ .

المضمونة برهون رسمية تعتبر مكتسبة يوما فيوما ، وتكون للمنتفع بقدر مدة انتفاعه » .

وتتضمن هذه النصوص العناصر الرئيسية لحقوق المنتفع ، ويؤيد تشريع العقارات المحفظة المغربى أحكاما خاصـة بالغابات والأشجار فى الفصل ٤٣ وما بعده . وسنعرض لها بايضاح موجز بعد قليل .

١٢٣ ـ حق المنتفع فى استعمال واستغلال الشىء : يحق للمنتفع أن يستعمل الشىء بنفسـه ، فاذا كان محل حق الانتفاع دارا ، يستطيع أن يسكنها هو وأسرته . واستعمال المنتفع يتقيد بضرورة المحافظة على الشىء ، بخلاف استعمال المـالك فقد رأينا أنه مطلق ويمكن أن يصل الى حـد اعدام الشىء واستهلاكه واتلافه ومع ذلك يكون للمنتفع أن يستهلك الشىء اذا كان قابلا للاستهلاك على أن يرد مثله أو قيمتـه . ويتقيد المنتفع فى الاستعمال بما يتقيد به المـالك . فلا يجوز له أن يضر بالجيران ضررا غير مألوف ، وعليه أن يتقيد بالقيود الخاصة بالمطلات والمناور . وللمنتفع أن يستعمل ملحقات الشىء فاذا كان ينتفع بأرض لها حق مرور على أرض أخرى أو حق مسيل أو حق شرب كان له أن يستعمل هذه الارتفاقات . وله أن يستعمل المنقولات الملحقة سواء كانت عقارات بالتخصيص أم بقيت محتفظة بصفتها المنقولة [١٧] .

وللمنتفع أن يستغل الشىء ، استغلالا مباشرا أو غير مباشر فيستطيع أن يزرع الأرض بنفسه ، أو يؤجرها لمن يزرعها ويستطيع أن يؤجر الدار التى ينتفع بها ، وهو يتقيد فى ذلك بما يتقيد به مالك الرقبة فاذا كانت هناك قوانين خاصة بتحديد الأجرة فهو يلتزم بمراعاتها .

---

(١٧) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٤٩١ ـ ص ١٢٢٤ ـ ص ١٢٢٥ .

ويتقيد المنتفع فى استعماله واستغلاله للشىء بأن يستخدمه فيما أعد له فاذا كان حق الانتفاع واردا على فيلا للسكنى ، كان له أن يسكنها بنفسه أو يؤجرها لمن يسكنها ، ولكن لا يجوز له أن يجعل منها فندقا أو « بنسيون » .

ولا ينقضى حق المنتفع ببيع العقار الذى يرد عليه حقه ، بل ينتقل العقار الى المشترى مثقلا بحق الانتفاع (الفصل ٦٩) واذا هلك الشىء المنتفع به انتقل حق المنتفع الى ما حل محله من تعويض أو مبلغ التأمين طبقا لنظرية الحلول العينى . واذا هلك جزء من العقار استمر الانتفاع قائما على الجزء الباقى منه (الفصل ٧١) ، وقد نص تقنين العقارات المحفظة على بعض الصور التى أسلفنا ذكرها فالفصل ٤٨ يقضى بأنه « يمكن للمنتفع أن يتمتع بنفسه أو يؤجر وفق الشروط المقررة بقانون الالتزامات والعقود أو يقوم حتى ببيع حقه أو تفويته مجانا » والفصل ٤٩ يقضى بأن « يتمتع المنتفع كالمالك نفسه — بحقوق الارتفاع والمرور عموما بجميع الحقوق التى يمكن للمالك أو يتمتع بها » .

واذا كان حق المنتفع حقا ذا قيمة مالية كما نرى . فان لدائنيه أن يحجزوا عليه اقتضاء لديونهم ، ولهم أن يعترضوا على تنازله عنه اضرارا بهم ، بطريق دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البولصية) طبقا للفصل ٧٠ من تشريع العقارات المحفظة الذى يجرى بما يلى :

« يمكن لدائنى المنتفع الحصول على ابطال التنازل الذى يكون قد أوقع اضرارا بهم » [١٨] واذا تعرض حق المنتفع للزوال بسبب تعسفه

---

(١٨) رغم ان تقنين الالتزامات والعقود المغربى لم ينص على دعوى عدم نفاذ التصرفات (الكزبرى : ص ١٦٥ — ص ١٦٦) الا أن الفصل ٧٠ عقارات محفظة يقرر هذه الدعوى ، بل لعله مجرد تطبيق من تطبيقات هذه

فى استغلاله الشىء أو اتلافه اياه ، كان لدائنى المنتفع أن يتدخلوا لابقاء حق الانتفاع وأن يعرضوا القيام باصلاح ما أتلف وبتقديم ضمانات للمستقبل (الفصل ٦٧) •

١٢٤ ــ الثمار والمنتجات : للمنتفع حق الحصول على ثمار الشىء سواء كانت ثمارا طبيعية أو صناعية أو مدنية • أما المنتجات فليس له حق فى شىء منها ، الا اذا نص الاتفاق أو قضى القانون بغير ذلك • وقد سبق أن شرحنا أنواع الثمار والفرق بينها وبين المنتجات • ومن الحالات التى يسمح فيها القانون للمنتفع بأخذ المنتجات ما نص عليه الفصل ٥١ من أن المنتفع : « يتمتع أيضا كالمالك نفسه ــ بمقالع الحجر المستغلة حين نشوء حق الانتفاع » •

وتثير بعض الفروض صعوبات فى تملك المنتفع للثمار ، وفى الفصل بين الثمار والمنتجات ، والمبدأ الذى يساعد فى حل هذه الصعوبات هو : أن حق المنتفع كاستثناء على الملكية يتحدد بالحصول على الثمار وحدها ، وما سوى ذلك فهو لمالك الرقبة ، فاذا كان الشىء محل حق الانتفاع أسهما فى احدى الشركات ، كانت الأرباح السنوية التى توزعها الشركة من الثمار ، فهى ثمار مدنية ، أما اذا كانت الشركة توزع جزءا من الاحتياطى فى هيئة أسهم على المساهمين ، فهذه ليست من الثمار بل هى من رأس المال ، وتكون لمالك الرقبة رغم أنها تكونت أصلا من احتجاز جزء من الأرباح كل سنة ، ولكن يبقى للمنتفع الحصول على أرباح هذه الأسهم الجديدة باعتبارها تمثل نماء فى الشىء الأصلى ،

الدعوى فى مجال التشريع العقارى فالقضاء المغربى قد عمم هذه الدعوى على جميع التصرفات التى يقصد المدين من ورائها الاضرار بالدائنين .
انظر : الدكتور شكرى احمد السباعى نظام الافلاس فى القانون التجارى المغربى ــ الطبعة الاولى ــ ١٩٧٤ ــ ص ٨٤ هامش رقم ٣ .

واذا كان الانتفاع واقعا على سند ، فان فوائد السند تعتبر من الثمار ، أما اذا ربح السند جائزة كبيرة فهى تعتبر من المنتجات لأنها ليست لها صفة الدورية — أما من يحق له حضور الجمعيات العمومية العادية وغير العادية للشركة هل هو مالك الأسهم أو المنتفع بها أو كلاهما ، فهى مسألة اشتد فيها الخلاف فى الفقه . والذى نراه فى هذا الصدد هو أن المالك للأسهم هو وحده ذو الصفة فى حضور الجمعيات العمومية عادية وغير عادية ، سواء كانت الأسهم اسمية أو للحامل ، لأن حقوق المنتفع تعتبر استثناء على الملكية وهى حق جامع مانع . فحقوق المنتفع تتعلق فقط بالاستفادة بالثمار المدنية التى تغلها الأسهم ، دون أعمال الادارة الخاصة بهذه الأسهم ، ثم ان الأسهم تمثل نصيبا فى ملكية رأس مال الشركة ، ومن ثم فان ممارسة سلطات المالك المتعلقة بهذا النصيب تكون بالضرورة للمالك لا للمنتفع [١٩] .

ويثير الكنز المدفون فى الأرض التساؤل حول من يكون له الكنز : مالك الرقبة أو المنتفع . وتطبيقا لقاعدة أن المنتفع ليس له سوى الثمار، قرر المشرع المصرى أسوة بالقانون الفرنسى أن الكنز يكون للمالك . فالمادة ١/٨٧٢ مدنى تنص على أن : « الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته [٢٠] وهو ما نرى تطبيقه فى القانون المغربى ، طبقا لنفس الأصل وهو تحديد حق المنتفع فى نطاقه الاستثنائى وهو الحصول على ثمار الشىء الدورية » .

---

(١٩) مازو : فقرة ١٦٧٢ — ص ١٢٩١ ، السنهورى : جـ ٩ — فقرة ٤٩٨ — ص ١٢٣٥ .

(٢٠) مازو : فقرة ١٦٧٢ — ص ١٢٩١ ، السنهورى : جـ ٩ — فقرة ٤٩٦ ، ص ١٢٣٣ .

ويعتبر الانتفاع بالمحل التجارى انتفاعا بمجموع من المال ، وهو مجموع ذو وجود فعلى universalité de fait وهذا المجموع لا تتميز فيه العناصر بل تذوب فى المجموع سواء كانت عناصر مادية أو عناصر معنوية . والمتجر ذاته يعتبر مالا غير مادى . والتعامل فى البضائع الموجودة فى المتجر لا يعتبر من قبيل استهلاك الأشياء القابلة للاستهلاك أى لا يعتبر شبه حق انتفاع ، فهذه البضائع ليست لها صفة متميزة عن المتجر ، فالعبرة بالمتجر كمجموع ، ولذلك يعتبر حق المنتفع عليه حق انتفاع حقيقى ، ويكون لدائنيه أن يحجزوا عليه ، ولكن لا يجوز لهم الحجز على ملكية الرقبة . واذا أفلس المنتفع لا يدخل فى التفليس الا حق الانتفاع بالمتجر .

وقد نظم تشريع العقارات المحفظة المغربى كيفية الانتفاع بالغابات التى تقطع فى أوقات دورية للاستفادة بأخشابها ، فقربها من الثمار حتى يتملكها المنتفع ، فنص فى الفصل ٤٣ على أنه : « اذا تعلق الانتفاع بغابات تقطع فى أزمنة دورية كان المنتفع ملزما بمراعاة ترتيب وعدد تقطيعات الغابة وفق ما كان لمالكى الغابات من تنظيم وعمل مطرد . غير أنه لا يستحق المنتفع ولا ورثته أى تعويض عما قد يكون أهمله مدة انتفاعه من تقطيعات خاصة اما بالأشجار التى تقطع فى أزمنة دورية أو بالأشجار الصغيرة أو الكبيرة التى لم تشملها عملية القطع . — ان الأشجار التى يمكن أخذها من المغرسة (المشتل) دون اتلافها لا تدخل ضمن حق الانتفاع الا على شرط أن يراعى المنتفع العادات المحلية فى خلفها » .

وينص الفصل ٤٤ على أن : « يستفيد المنتفع أيضا ، مراعيا فى ذلك ما كان يراعيه المالكون السابقون من أوقات وعادات من أجزاء الغابات

ذات الأشجار العظيمة المنظم تقطيعها سواء كانت هذه التقطيعات تقع دوريا على مساحة معينة من الأرض أو على كمية من الأشجار تؤخذ من مجموع مساحة الملك بدون تمييز » .

ويقرر الفصل ٤٥ أنه : « فيما عدا ذلك من الأحوال لا يمكن للمنتفع أن يمس الأشجار العظيمة ، لكن فى وسعه فقط من أجل القيام بما يلزمه من اصلاحات أن يستعمل الأشجار المقتلعة أو المحطمة بسبب حادثة ، كما يمكنه لنفس الغرض أن يقطع بعضا منها عند الضرورة ولكن على شرط أن يثبت ضرورة ذلك مع المالك » .

ويقرر الفصل ٤٦ أنه : « يمكن للمنتفع أن يأخذ من الغابات ركائز للكرم كما يمكنه أن يأخذ من الأشجار منتوجاتها السنوية أو الدورية . وذلك حسب عرف البلاد أو عادة المالكين » .

وأخيرا فان الفصل ٤٧ يعطى للمنتفع حق تملك الأشجار المثمرة التى تموت أو تقتلع أو تتحطم بسبب واقعة ، ولكن بشرط أن يزرع المنتفع أشجارا أخرى من نوعها بدلا منها[٢١] .

ويلاحظ أن تشريع العقارات المحفظة لم ينص على تنظيم حق الانتفاع بقطيع من الماشية[٢٢] .

---

(٢١) انظر : ديكرو : فقرة ٤٦٢ — ص ٣١٧ ، الكزبرى : ص ١٥٣ .

(٢٢) ديكرو : فقرة ٤٦٢ — ص ٣١٨ . أما القانون المصرى فيتضمن نصا يعطى لمن ينتفع بقطيع من الماشية الحق فى نتاجها من البان ومن صغار تلدها وصوف وغير ذلك فالمادة ٢/٩٩٢ مدنى مصرى تنص على حق المنتفع قائلة : « وله نتاج المواشى بعد ان يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجىء » .

١٢٥ ــ سلطات المنتفع : للمنتفع أن يبرم العقود اللازمة لادارة الشيء ، ولكن ليس له أن يتصرف فى الشيء ذاته ، لأنه ليس مالكا ، ومع ذلك فقد رأينا أنه اذا كان الشيء قابلا للاستهلاك جاز له أن يستهلكه على أن يرد مثله أو قيمته .

وللمنتفع أن يبرم عقود الايجار ، على ألا تجاوز مدة حقه ، ولا يتقيد فى هذا بما يسمى أعمال الادارة الحسنة ، فلا قيد على مدة الاجارة الا مدة حقه هو . ومع ذلك اذا توفى قبل انتهاء مدة الاجارة فان حق الانتفاع ينقضى ، وينقضى معه حق المستأجر ، ولمالك الرقبة أن ينبه على المستأجر بالاخلاء حسب المواعيد القانونية . وحتى اذا ورث مالك الرقبة المنتفع لا تنفذ عقود الايجار فى مواجهته لأن حق المنتفع مستقل عن حق مالك الرقبة وينقضى بموته . ولا تسرى هذه العقود الا اذا أقرها مالك الرقبة . وعلى العكس من ذلك تسرى عقود الايجار التى أبرمها مالك الرقبة فى مواجهة المنتفع لأنه يتسلم الشيء بحالته ، ولكن الأجرة المستحقة تكون من حق المنتفع لأنها تمثل ثمار الشيء وهى له .

وللمنتفع أن يرهن حق الانتفاع رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، ضمانا لدين عليه .

وللمنتفع أن يبرم عقود بيع المحصول بالنسبة للأرض الزراعية . وله أن يرفع دعاوى الحيازة لحماية حقه ، وأن يرفع دعوى الاقرار بحق الانتفاع وهى تقابل دعوى الاستحقاق المقررة للمالك . وله أن يرفع دعوى تعيين الحدود على أن يدخل فيها المالك ، أو دعوى القسمة ان كان حق الانتفاع شائعا .

١٢٦ — طريقة توزيع الثمار : رأينا أن الثمار يتملكها المنتفع ، طوال مدة انتفاعه • ولكن ما حكم الثمار التى تكون قائمة عند بدء الانتفاع أو عند انتهائه • ومن حق من تكون ؟

يقرر القانون المغربى فى هذه الحالة أن الثمار القائمة عند بدء الانتفاع وتكون عالقة بالأغصان أو الجذور تكون من حق المنتفع ، وعند نهاية الانتفاع تكون من حق مالك الرقبة وليس لأحد بهما مطالبة الآخر بتعويض عن الحرث والبذور • هذا اذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، أما اذا كانت ثمارا مدنية فهى تعتبر مكتسبة يوما بيوم • فاذا كان محل الانتفاع دارا مؤجرة مشاهرة ، وانتهى حق الانتفاع فى منتصف الشهر استحق المنتفع نصف الأجرة • وقد نص على ذلك تشريع العقارات المحفظة فى الفصلين ٣٩ و ٤٠ • وقد تقدم نصهما •

أما القانون المصرى فقد قرر فى المادة ٩٨٧ مدنى أن « ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه » ، وعلى ذلك فان حكم القانون المصرى يتفق مع القانون المغربى فيما يتعلق بالثمار المدنية ، أما الثمار الطبيعية والصناعية فان ما كان منها قائما عند بدء الانتفاع يستحق منه المنتفع بمقدار ماله من مدة ، فاذا كان الزرع باقيا فى الأرض مدة مائة يوم من وقت زرعه الى وقت حصاده ، وكان حق المنتفع قد نشأ بعد بذر الزرع بأربعين يوما ، فهو يستحق من المحصول ثلاثة الأخماس ، على أن يتحمل المنتفع جزءا من تكاليف البذور والسماد والعمل يوازى ثلاثة أخماس ما أنفق فى ذلك ، أى بنسبة ستين يوما الى مائة يوم • أما الزرع القائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحالت المادة ٩٨٧ بشأنه الى المادة ٢/٩٩٣ مدنى ، وهى تقضى بترك الأرض للمنتفع (أو لورثته ان

كان قد مات) الى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع لمالك الرقبة أجرة مثل الأرض عن هذه المدة الزائدة[٢٣] .

المطلب الثانى

التزامات المنتفع

١٢٧ ـ يفرض القانون على المنتفع التزامات قبل بدء الانتفاع . والتزامات تتعلق بكيفية ممارسته للانتفاع . وهاك بيانها :

١٢٨ ـ أولا : التزامات المنتفع قبل بدء الانتفاع .

يقضى الفصل ٥٣ من تشريع العقارات المحفظة . بأن : « يتسلم المنتفع العقارات فى الحالة التى توجد عليها ، غير أنه لا يمكنه الشروع فى استغلالها الا بعد اقامة بيان حالتها بحضور المالك أو بعد دعوته لحضور بكيفية قانونية . » .

ويقضى الفصل ٥٤ بأن : « يقدم المنتفع ضمانا على أن يتمتع كما يتمتع الشخص الحريص على شؤون نفسه وذلك ما لم يكن معفيا منه بموجب العقد المنشىء لحق الانتفاع ، غير أن الآباء والأمهات الذين لهم حق الانتفاع الشرعى . بأموال أبنائهم والبائع أو الواهب بشرط الاحتفاظ بالامتناع ليسوا بملزمين بتقديم أى ضمان » .

ويجرى نص الفصل ٥٥ بأنه « ان لم يجد المنتفع ضمانة فان العقارات يعقد عليها بكراء أو ينصب عليها قيم ويكون مبلغ الكراء حينئذ للمنتفع » .

---

(٢٣) السنهورى : فقرة ٤٩٣ ـ ص ١٢٢٨ ـ ص ١٢٣٠ .

وينص الفصل ٥٦ على أنه : « ان تأخر المنتفع عن تقديم ضمان لا يحرمه مما عسى أن يكون له من حق فى الثمار وهى له من وقت نشوء حق الانتفاع » .

أما فى القانون المصرى فتنص المادة ٩٩٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور، ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها .

« ٢ — وللمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وانما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع . وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء [٣٤] » .

---

(٣٤) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى . ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المادة ٩٩٦ مدنى مطابقة .

— فى القانون العراقى : المادة ١٢٥٦ مدنى موافقة للفقرة الاولى من المادة ٩٩٢ .

— فى القانون المدنى السورى : أخذت أحكامه من قانون الملكية العقارية اللبنانى ، وهى موافقة له . ونصوص القانون المدنى السورى هى :

المادة ٩٣٩ : « ١ — يجب على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع : أ — أن ينظم كشف العقارات . ب — أن يقدم كفيلا قديرا على الدفع .

٢ — « على انه يجوز اعفاؤه من هذين الالتزامين بنص السند الذى ينشأ بموجبه حق الانتفاع » .

١٢٩ ــ تنحصر التزامات المنتفع قبل بدء حق الانتفاع فى القيام بعمل بيان état ، أو جرد inventaire للأشياء محل حق الانتفاع ، وقيامه بتقديم كفالة • وقد جعل المشرع المصرى هذين الالتزامين فى حالة الانتفاع بالمنقول دون الانتفاع بالعقار • أما المشرع الفرنسى فقد جعل الكفالة واجبة عند الانتفاع بمنقول أو عقار ، وجعــل الجرد واجبا فى المنقول ، واعداد البيان واجبا فى العقار • أما القانون المغربى ــ ومثله القانونان السورى واللبنانى ــ فقد جعل البيان والكفالة واجبين فى حق الانتفاع الوارد على العقــار فقط • ولم يشر القانون المغربى الى حكم المنقول وسنبينه بعد قليل •

١٣٠ ــ الالتزام بتحرير البيان أو عمل الجرد : الواقع أن البيان أو الكشف أو الجرد كلهــا كلمات بمعنى واحــد • وهى تعنى ادراج

المــادة ٩٤٠ : ١ ــ يجب تنظيم الكشف بالعقارات بحضور المــالك أو بعد ان يدعى الى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشــكل المتبع لدى الكاتب العدل ، على نفقة المنتفع ، ٢ ــ على انه يجوز للمنتفع ان يتفق ومالك الرقبة بشرط ان يكون الطرفان حائزين على اهلية التعاقد ، على وضع الكشف بالتراضى وبدون نفقة » •

المــادة ٩٤١ : « اذا قدمت الكفالة متأخرة ، فالثمار التى يكون قــد تناولها مالك العقار أثناء هذا التأخير ترد للمنتفع ، ٢ ــ ويجوز أن يستعاض عن الكفالة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية » •

المــادة ٩٤٢ : « اذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولا ضمانة اخرى • فتؤجر العقارات الجارى عليها حق الانتفاع أو تسلم الى حارس قضائى • وتؤخذ اجرة الحارس من ثمار العقار » •

فى القانون اللبنانى : المواد ٣٥ ــ ٣٨ من قانون الملكية العقارية موافقة لنصوص القانون السورى ، بل ان نصوص القانون السورى منقولة عنهــا وهى تتحدث عن حق الانتفاع بالعقار فقط • انظر السنهورى : ص١٢٥٧ ــ هامش رقم ٣

العناصر الكافية لتحديد الشيء محل حق الانتفاع فى محرر . وهـذا المحرر لا يلزم أن يكون ورقة رسـمية فى القانون المغربى أو القوانين العربية الأخرى ، ولكن القانون الفرنسى يوجب فيه الرسمية ، الا اذا أعفى المنتفع من الرسـمية أو من تحرير محضر الجرد . واذا تضمن العقـار عقارات بالتخصيص يجب بيـانها كذلك مع سـائر محتويات العقار . واذا لم يحرر المنتفع هذا البيان ، فانه لا يستطيع أن يباشر حقه ، ولمـالك الرقبة أن يمتنع عن تسليمه الأشياء محل حق الانتفاع (٣٥) .

واذا كان يبدو للنظرة الأولى أن المشرع المغربى لم يتعرض لحكم المنقول . فان ذلك غير صحيح ، فقد أشار فى الفصـل ٧٧ المتعلق بحق الاستعمال وحق السكنى الى وجوب عمل البيان والجرد « كما هو الحال فى الانتفاع (٣٦) » . ولمـا كان القانون الفرنسى هو مصدر هذا النص فانه طبقا له يكون عمل البيان خاصا بالعقار ، والجرد خاصا بالمنقول . وعلى ذلك يكون جرد المنقول واجبا فى القـانون المغربى تماما كبيان العقار (٣٧) .

وعدم تحرير البيان أو اعداد الجرد ، لا يعفى المنتفع منه ، بل انه يسمح لمـالك الرقبة بأن يثبت حالة الأشـياء محل حق الانتفاع بطرق الاثبات كافة ، لكن يلزم المنتفع بما وقع فيها من تلف أو نقص . ولا يعفى

---

(٣٥) ديكرو : فقرة ٤٦٨ — ص ٣٢١

(٣٦) والنص الفرنسى لهذا الفصل هو :

"On ne peut jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution et sans faire des états et inventaires".

(٣٧) ديكرو : فقرة ٤٦٨ — ص ٣٢١

المنتفع من عمل الجرد الا اذا نص القانون أو الاتفاق المنشىء لحق الانتفاع على الاعفاء منه .

والغرض من تحرير البيان أو الجرد كما هو ظاهر اثبات حالة الشيء محل حق الانتفاع ، بحيث يمتنع النزاع بشأنها عند اعادته لمالك الرقبة .

١٣١ — الالتزام بتقديم الكفالة : يلتزم المنتفع كذلك بتقديم كفالة الى مالك الرقبة ، والغرض منها هو تمكين مالك الرقبة من الحصول على قيمة الأشياء التى قد تنقص أو تهلك بفعل المنتفع . والكفالة قد تكون كفالة شخصية وقد تكون كفالة عينية يقدمها كفيل عينى . ويجوز تقديم تأمين نقدى أو ضمانة مصرفية . بل ان التأمين النقدى يطلق عليه فى العمل — بطريق الخطأ — كفالة ، مع أنه صورة من صور الرهن الحيازى، تسمى بالرهن الناقص .

ويجب أن تكون الكفالة مستوفية للشروط المنصوص عليها فى تقنين الالتزامات والعقود (الفصول ١١١٩ وما بعدها) . واذا لم تقدم الكفالة كان لمالك الرقبة الامتناع عن تسليم الأشياء محل حق الانتفاع الى المنتفع . ولكن ذلك لا يسقط حق الانتفاع فى ذاته ، بل يبقى هذا الحق قائما ، ويجب تسجيله لينفذ بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير . ولكن الامتناع عن التسليم لعدم تقديم الكفالة حق لمالك الرقبة رغم كل ذلك. فاذا قدمت الكفالة بعد ذلك وجب تسليم الأشياء محل حق الانتفاع الى المنتفع ، وتسليمه الثمار المستحقة له اعتبارا من تاريخ نشوء حق الانتفاع وليس فقط من تاريخ تسليمه هذه الأشياء (الفصل ٥٦) .

أما اذا لم يجد المنتفع ضمانا يقدمه ، :فتؤجر العقارات أو ينصب عليهـا قيم لاستثمارها ومبلغ الكراء أوالايراد يكون حقا للمنتفع (الفصل٥٥)[٢٨]•

ويعفى المنتفع من تقديم الكفالة فى الحالات التالية :

١ ــ اذا كان قد حصل على حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ ، مثل البائع الذى يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع طول حياته • فلا يلزم بتقديم كفالة •

٢ ــ اذا كان حق الانتفـاع مقررا للوالدين على أموال الأبنـاء كما فى القانون الفرنسى •

٣ ــ اذا نص السند المنشىء لحق الانتفاع على الاعفاء من تقـديم الكفالة [٢٩] •

ثانيا ــ التزامات المنتفع أثناء الانتفاع

التزامات المنتفع فى فترة انتفاعه ، تنحصر فى أن يتقيد فى استعمال الشىء واستغلاله بألا يخرج عما أعد له الشىء من غرض ، وأن يقوم بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وأن يحافظ على الشىء ويكون مسئولا عن هلاكه ، وأن يخطر المـالك بما يقع من غصب أو تعمد على الشىء بفعل الغير • واليك بيان هذه الالتزامات :

١٣٢ ــ أولا : الالتزام بالحرص والتقيـد بالغرض الذى أعد الشىء له : نصوص قانونية :

---

(٢٨) ديكرو : فقرة ٤٦٩ ــ ص ٣٢١ ــ ص ٣٢٢
(٢٩) ديكرو : فقرة ٤٧٠ ــ ص ٣٢٢

وينص الفصل ٥٤ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على أن :

« يقدم المنتفع ضمانا على أن يتمتع كما يتمتع الشخص الحريص على شئون نفسه » .

L'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille.

والفصل ٥٠ يقرر أن « يتمتع المنتفع كالمالك نفسه بحقوق الارتفاق والمرور وعموما بجميع الحقوق التى يمكن للمالك أن يتمتع بها » .

وينص الفصل ٦٧ على أنه يمكن أن ينتهى الانتفاع كذلك بسبب تعسف المنتفع فى استغلاله اما بقيامه باتلاف العقار أو بتعريضه للتلف نتيجة عدم القيام بالاصلاحات اللازمة للصيانة .

« يجوز لدائنى المنتفع صيانة لحقوقهم أن يتدخلوا فى المنازعات ويمكنهم أن يطلبوا القيام باصلاح ما أتلف وتقديم ضمانات للمستقبل .

« ويمكن للقضاة حسب خطورة الأحوال اما أن يحكموا بانقضاء الانتفاع كليا أو يأمروا باسترجاع المالك التمتع بالعقار المحمل بالانتفاع على شرط أو يؤدى سنويا للمنتفع أو خلفائه مبلغا معينا وذلك الى الوقت الذى كان من المقرر انتهاء الانتفاع فيه » . وفى القانون المصرى تنص المادة ٩٨٨ مدنى على أن :

« ١ ــ على المنتفع أن يستعمل الشىء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة » .

« ٢ ــ وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشىء فاذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات . فان لم يقدمها المنتفع ، وظل على الرغم من اعتراض

المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها، بل له تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون اخلال بحقوق الغير[٣٠] » .

---

(٣٠) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الاخرى ، ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المادة ٩٩٢ مدنى مطابقة .

— فى القانون العراقى : المادة ١٢٥٤ مدنى تنص فى الفقرة الأولى منها على أن :

« على المنتفع أن يستعمل الشىء بحسب ما أعد له » . والفقرة الثانية منها مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مدنى مصرى .

— فى القانون السورى : تنص المادة ٩٤٨ على أن « ١ — على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد ، وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التى يقدم عليها الغير على العقارات ، والا كان مسئولا عن الضرر الذى يلحق بمالكها .

٢ — وعليه أيضا أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقا ، وان يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه .

٣ — وعلى المنتفع فى استعماله العقار واستغلاله ان يعمل وفقا لما اعتاده ملاك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضى ، واستثمار الاحراج والمقالع . غير انه يمكنه زراعة الأراضى البور ، أو بصورة اعم تحسين طريقة الزراعة » .

وتنص المادة ٩٥٧ على انه « ١ — يجوز اسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائى بناء على طلب مالك الرقبة بسبب اساءة المنتفع فى استغلال العقار ، لاسيما اذا احدث تخريبا فيه أو اذا تركه يخرب لاهماله العناية به.

٢ — وفى هذه الحالة يجوز لدائنى المنتفع ان يتدخلوا فى الدعوى ، ويمكنهم أن يعرضوا تولى اصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات للمستقبل .

ويخلص لنـا من هذه النصوص أن المنتفع ملتزم بأن يستعمل الشيء ويستغله بغير تعسف ، وأن يكون كرب الأسرة حسن التصرف في في ذلك ، ومسئوليته عن هذا الالتزام تقدر بمعيار موضوعي in abstracto (٣١) فلا ينظر الى ما يفعله هو بأمواله الخاصة ، بل الى ما يفعله المنتفع المعتاد في مثل ظروف هذا الانتفاع فاذا لم يسلك سلوك الشخص المعتاد في الانتفاع كان مخطئا ومسئولا عما يحيق من الضرر بالشيء محل حق الانتفاع • بل ان سلوكه الخاطيء قد يؤدي الى الحكم عليه بناء على طلب مالك الرقبة — بانهاء الانتفاع ، فلا يكون للمنتفع شيء منه بعد ذلك ، أو الى اعادة الشيء الى المالك على أن يؤدي مبلغا معينا الى المنتفع أو خلفائه عن المدة الباقية من حق الانتفاع (الفصل ٦٧) • ولكن يجب بطبيعة الحال مراعاة حقوق الغير التي يكون المنتفع قد رتبها بطريق قانوني • ويلاحظ أن ما يعطى لخلفاء المنتفع طبقا للفصل ٦٧ ليس مقابلا عن المدة الباقية من حق الانتفاع بعد وفاة المنتفع فهذه المدة تسقط بوفاته ، وانما المقصود أن يحصل خلفاء المنتفع على مقابل المدة السابقة على وفاته •

---

٣ — وللقاضي بسبب خطورة الظروف اما ان يحكم باسقاط حق الانتفاع مطلقا ، واما أن يأمر بعدم تسليم العقار الى مالك الرقبة الا على شريطة أن يدفع سنويا للمنتفع أو لمن انتقل اليه حقه مبلغا معينا حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع » .

في القانون اللبناني : المادتين ٤٤ و ٥٤ من قانون الملكية العقارية قد أخذ منهما النصان السوريان المتقدمان وتكاد تكون متطابقة ولا تختلف في مجموعها عن احكام التقنين المصري . أنظر : السنهوري ج ٩ — ١٢٤٦— هامش رقم ٣

(٣١) مازو : فقرة ١٦٨١ — ص ١٢٩٥

ويتقيد المنتفع بالغرض الذى أعد له الشيء ، فلا يجوز له تحويل دار للسكنى الى محل تجارى ، أو تحويل سيارة خاصة الى سيارة أجرة ولكن لا يعتبر تعديلا فيما أعد له الشيء أن يقوم باستصلاح ارض بور ويزرعها (٣٢) .

١٣٣ ـ ثانيا : الالتزام بأعمال الصيانة وبالتكاليف المعتادة : نصوص قانونية :

ينص الفصل ٥٧ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على « أن المنتفع غير ملزم الا بالاصلاحات اللازمة للصانة » .

« أما الاصلاحات الجسيمة فتبقى على عاتق المالك ما لم تكن قد حدثت عن عدم القيام بالاصلاحات اللازمة للصيانة منذ نشوء الانتفاع وفى هذه الحالة يكون المنتفع ملزما بها كذلك » .

وينص الفصل ٥٩ على : « أن المنتفع يلزم طيلة انتفاعه بجميع تكاليف العقار السنوية التى تعتبر عادة مرتبطة بالثمار كالضرائب وغيرها » .

وينص الفصل ٦٠ على ما يلى : « أما غيرها من التكاليف التى يمكن أن تترتب على الملك مدة الانتفاع فان المنتفع والمالك يساهمان فى أدائها بالكيفية المبينة فيما يلى ما لم يخالف ذلك اتفاق أو عادة :

« يكون المالك ملزما بأدائها وعلى المنتفع أن يؤدى فوائدها للمالك » .

« وان سبقها المنتفع فله استرداد المبلغ المؤدى عند انتهاء مدة الانتفاع » .

---

(٣٢) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٥١٣ ـ ص ١٢٤٦ ـ ص ١٢٤٨

وفى الفصل ٦١ : « يجب على الموصى له بمجموع الانتفاع أن يؤدى كل ما أوصى به الموصى من ايراد عمرى أو نفقة كما يجب على الموصى لهم على الشياع بمجموع الانتفاع أو يؤدوا ذلك على قدر حصصهم فى الانتفاع دون استرداد » .

وفى القانون المصرى تنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يلى :

« ١ — المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة .

« ٢ — أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع » [٣٣] .

---

(٣٣) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المادة ٩٩٣ مدنى مطابقة .

— فى القانون العراقى : المادة ١٢٥٥ مدنى موافقة .

— فى القانون السورى : تنص المادة ٩٤٩ مدنى على أنه :

« ١ تكون على عاتق المنتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار » .

« ٢ — أما التصليحات الكبيرة أى التى تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية ، فانها تترتب على مالك الرقبة » .

وتقرر النصوص المتقدمة التزام المنتفع بالاصلاحات العادية وحدها ، وبأعمال الصيانة المعتادة للشيء محل حقه . أما الاصلاحات الكبيرة أو الجسيمة فهي على عاتق المالك ، الا اذا كانت الاصلاحات الجسيمة نتيجة لاهمال المنتفع في اصلاحات الصيانة العادية ، فان المنتفع يلتزم بها . فاذا كانت صنابير المياه في حاجة الى اصلاح كان ذلك واجبا على المنتفع ، فاذا أهمل في ذلك وترتب على تساقط المياه باستمرار تلف بعض الحوائط في المبنى أو سقوطها ، فان بناءها أو ترميمها يعتبر من الاصلاحات الجسيمة ، ولكنها لا تقع على المالك بل على المنتفع لأنها نتيجة لاهمال المنتفع .

والنفقات اللازمة لاصلاحات الصيانة العادية تقع كذلك على عاتق المنتفع ، لأنها من التكاليف المعتادة التي يتحملها المنتفع . وعلى خلاف ذلك الاصلاحات الجسيمة يلتزم مالك الرقبة بنفقاتها .

والتكاليف المعتادة يتحملها المنتفع ، ومنها الضرائب والرسوم ، ونفقات ادارة الشيء . أما التكاليف غير المعتادة ، مثل الاصلاحات

وتنص المادة ٩٥٠ مدني :

١ — ان مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين باعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه أو قضاء وقدرا .

٢ — الا انه اذا حدث الانهدام على اثر كارثة ، وكان العقار المهدوم كله أو بعضه مؤمنا ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أوالمنتفع ، استعمال التعويض المدفوع لتجديد بناء العقار أو لترميمه » .

— في القانون اللبناني : المادتان ٤٥ و ٤٦ من قانون الملكية العقارية تكاد أن تطابقان المادتان ٩٤٩ و ٩٥٠ مدني سوري وقد نقل المشرع السوري هاتين المادتين عن القانون اللبناني ، وهي في مجموعها تتفق مع التقنين المصري . انظر : السنهوري جـ ٩ ص ١٢٤٩ هامش رقم : ٢

الجسـيمة ومثل مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فالمـالك هو الذى يلتزم بهـا ، ويلتزم المنتفع بأن يدفع له فوائد هـذه النفقات طوال مدة الاتتفاع [٣٤] ، (الفصل ٦٠) • وحكم تشريع العقارات المحفظة هنـا يخالف حكم الفصـل ٨٧٠ من تقنين الالتزامات والعقود الذى يتضمن أصلا من أهم أصول النظام العام المغربى ، وهو تحريم التعامل بالفوائد فيما بين المسـلمين • ولذلك فاننا نأمل أن يعدل المشرع المغربى حكم الفصـل ٦٠ من تشريع العقارات المحفظة بحذف أداء الفوائد منه ليكون متفقا مع الفصل ٨٧٠ التزامات وعقود وهو نص متعلق بالنظام العام •

واذا أدى المتفق التكاليف غير المعتادة كان له أن يستردها من مالك الرقبة عند انتهاء الانتفاع بدون فوائد •

واذا تلقى المنتفع مجموعا قانونيا بطريق الوصـية ، كان عليه أن يؤدى ما يكون مشترطا من ايراد عمرى (ايراد مرتب مدى الحياة) أو نفقة طبقا للوصية • فاذا تعدد الموصى لهم أى كان حق الانتفاع شائعا التزم المنتفعون بذلك كل بقدر حصته •

ولا يلتزم المنتفع بأداء الدين المستحق على مالك الرقبة والذى من أجله رهن العقار • ولكن اذا باشر الدائن المرتهن الاجراءات فى مواجهـة المنتفع باعتباره حائزا للعقار ، فاضـطر الى أداء الدين كان له أن يرجع بما أداه على مالك الرقبة ، الا اذا كان حق المنتفع ناشئا عن وصية وكان الرهن سابقا على الوصية • وقد نص على ذلك الفصـل ٦٢ من تشريع العقارات المحفظة بقوله : « ان المنتفع على وجه خاص غير ملزم بالديون التى ارتهن فيها العقار رهنا رسـميا • فاذا أجبر على أدائها فله الرجوع

---

(٣٤) مازو : فقرة ١٦٨١ — ص ١٢٩٥ — السنهورى : جـ ٩ — الفقرتان ٥١٦ و ٥١٧ — ص ١٢٥٠ — ص ١٢٥٢

على المـالك ، وذلك ما لم يرتكز حقه فى الانتفاع على وصية ، وما لم يكن موضوع الانتفاع ارتهن قبل الوصية أو بعدها ضمانا لدين مترتب على التركة أو حتى على شخص آخر ففى هاته الحالة لا يكون المكلف بتنفيذ الوصية ملزما بتحريرها من تلك التكاليف الا اذا كان مكلفا بذلك بنص صريح من طرف الوصى • وهذاكله ما لم تخالفه اتفاقات الأطراف » •

واذا تهدم أو تحطم العقار بحادث فجائى ، أو تلاشى منه شىء لقدمه• فليس على المـالك ولا على المنتفع أن يعيد بناءه (الفصل ٥٨) •

١٣٤ ــ ثالثا : الالتزام بحفظ الشىء واخطار المـالك بما يصيبه:

ينص الفصل ٦٥ من تشريع العقارات المحفظة على أنه : « اذا اقترف الغير فى مدة الانتفاع غصبا فى حق المالك أو تعدى بكيفية أخرى على حقوق المالك فمن واجب المنتفع أخباره بذلك والا كان مسؤلا عن كافة الأضرار التى يمكن حصولها للمالك كما لو كان هو المقترف لها » •

وفى القانون المصرى تنص المـادة ٩٩٠ مدنى على ما يلى :

« ١ على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله الرجل المعتاد » •

« ٢ ــ وهو مسؤل عن هلاك الشىء ولو بسـبب أجنبى اذا كان قد تأخر عن رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » •

وتنص المـادة ٩٩١ مدنى مصرى على أنه : « اذا هـلك الشىء أو تلف ، أو احتاج الى اصـلاحات جسيمة مما يجب على المـالك أن يتحمل نفقاته ، أو الى اتخاذ احراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى

المنتفع أو يبادر باخطار المـالك ، وعليه اخطاره أيضا اذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشىء نفسه » (٣٥) .

وبمقتضى النصـوص المتقـدمة يجب على المنتفع أن يحافظ على الشىء ، والتزامه فى ذلك التزام ببذل عناية ، والعناية التى يجب عليـه هى عناية الرجل المعتاد ، أى أن درجة العناية تقدر بالمعيار الموضـوعى ، ورغم أن تشريع العقارات المحفظة لا ينص صراحة على هذا الالتزام ، الا أنه يستخلص من نصوص ذلك التشريع ، لأنه رتب الجزاء عليه وهو وجوب التعويض ، ولا يكون الجزاء الا حيث يوجد الالتزام ثم انه أورد بعض التطبيقات الخاصة بالالتزام بالحفظ ، فهو يلزم المنتفع بأن يقوم باخطار المـالك اذا اغتصب أحد الشىء أو تعدى عليه . فاذا لم يفعـل اعتبر هو مسؤلا عما أصاب الشىء .

---

(٣٥) يقابل هذين النصين فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

ــ فى القانون الليبى : المـادتان ٩٩٤ و ٩٩٥ مدنى مطابقتان .

ــ فى القانون العراقى : تنص المـادة ١١٤٥/١ مدنى على ما يلى : « على المنتفع أن يستعمل الشىء بحسب ما أعد له ، وان يبذل من العناية فى حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسؤل عن هلاكه ولو بغير تعد ، اذا كان قد تأخر فى رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » . وهو مطابق تقريبا للنصوص المصرية .

ــ فى القانون السورى : تنص المـادة ٩٤٨ على أحكام تتفق مع القانون المصرى وقد تقدم ذكر نصها .

ــ فى القانون اللبنانى : تطابق المـادة ٤٤ من قانون الملكية العقارية النص السورى تقريبا ، وهو مأخوذ عنها .

انظر السنهورى : جـ ٩ ــ ص ١٢٥٣ ــ هامش رقم ٢

واذا كان المـــالك قد أبرم تأمينا على الشيء ، فان من أعمال الحفظ التى يلتزم بهـــا المنتفع أن يجدد هـــذا التأمين كلما انتهت مدته ويدفع أقساطه الى نهاية مدة حق الانتفاع ، ذلك ولو لم يكن التأمين اجباريا • كذلك يعتبر المنتفع قد أخل بالتزامه بالحفظ اذا زرع الأرض بطريقـــة تضعفها وتنهكها وتقلل من خصوبتها[٣٦] •

المطلب الثالث

حقوق والتزامات مالك الرقبة

١٣٥ ــ نتيجة لوجود حق الانتفـــاع ، يحتفظ المـــالك بعنصر التصرف ، بينمـــا يذهب الى المنتفع عنصرا الاســـتعمال والاستغلال• ولذلك فان المـــالك يكون له أن يتصرف فى الشيء تصرف المـــالك ، بعوض أو بغير عوض • ولكن ليس له أن يتصرف فى الشيء تصرفا ماديا باستهلاكه أو اتلافه أو اعدامه ، لأن فى ذلك مساسا بحق المنتفع ، وهو أمر ممنوع عليه • فالفصل ٥٢ من تشريع العقارات المحفظة ينص على أنه : « لا يمكن للمالك لا بعمله و لابأية وسيلة أخرى أن يضر بحقوق المنتفع كما لا يمكن للمنتفع من جهته أن يطالب بعد انتهـــاء مدة الانتفـــاع بأى تعويض عن التحسينات التى يدعى أنه قام بها ولو ارتفعت قيمة العقار بسببها •

« غير أنه يمكن له ولورثته أن يزيل المرايا واللوحات والصـــور وغيرها من المزينات التى يكون قد وضـــعها بشرط أن يعيد أماكنها الى الحالة التى كانت عليها سابقا » •

---

(٣٦) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٥٢٠ ــ ص ١٢٥٥ .

فالمـــالك ليس له أن يمس بحق المنتفع ، لأن حق المنتفع حق عينى، يحتج به كسائر الحقوق العينية فى مواجهـــة الكافة ومنهم المـــالك . ولما كان حق المـــالك هو أيضا حق عينى يحتج به فى مواجهـــة الكافة ومنهم المنتفع ، فقد صار لازما أن ينظم المشرع مدى احتجاج كل منهما على الآخر بحقه . ولذلك أضاف الفصـــل ٥٢ أن التحسينات التى أجراها المنتفع تصبح للمالك وليس للمنتفع أن يطالب بقيمتها ولو زادت فى قيمة العقـــار . ولكن الذى يمكن للمنتفع أن يفعـــله هو أن ينزع ما وضعه فى العقار من مزايا أو لوحات أو صور أو غيرها من ألوان الزينة ويعيد مكانها الى ما كان عليه من قبل . كذلك اذا كان محل حق الانتفاع مبنى ثم هلك بحريق أو غيره أو انهار بسبب القدم لم يكن للمنتفع الحق فى التمتع لا بالأرض ولا بالمواد ، بل عليه أن يتركها للمالك . أما اذا كان الانتفاع شاملا الأرض والبنـــاء ، فله عند تهدم البنـــاء التمتع بالأرض والأدوات أو المواد (الفصل ٧٣) .

وتصرف المـــالك فى الرقبة لا يؤثر على حق المنتفع ، فهـــو حق مسجل فى السجل العقارى ويعتبر حجة على الكافة ومنهم المتصرف اليه من المـــالك .

وللمالك الحصول على المنتجات ، فقد رأينا أنها من حقه . وليست من حق المنتفع .

وللمالك أن يبـــاشر الدعاوى المتعلقـــة بملكيته ، فيقيم دعوى الاستحقاق ، أو دعاوى الحيازة ، أو دعاوى القســـمة أو دعوى تعيين الحدود .

ومالك الرقبة ليس على عاتقه أى التزام شخصى نحو المنتفع ، والتزامه بعدم المساس بحق المنتفع أو تعطيله ليس الا الواجب العام الملقى على عاتق الكافة نحو صاحب الحق العينى، يستوى فيه هو وغيره ، وليس التزاما بالمعنى الصحيح • وكذلك الاصلاحات الجسيمة ليست التزاما على عاتقه ، ولكنها حق له للمحافظة على ملكه • واذا قام بها لا يلتزم نحو المنتفع بتعويض عن المدة التى تعطل فيها انتفاعه أو استغرقتها الاصلاحات الجسيمة[٣٧] •

---

(٣٧) السنهورى : جـ ٩ ـ الفقرات ٥٣٠ ـ ٥٣٣ ـ ص ١٢٦٣ ـ ص ١٢٦٥ .

المبحث الثالث

انقضاء حق الانتفاع

١٣٧ — ينقضى حق الانتفاع بانتهاء المدة المحددة له أو بوفاة المنتفع ، أو بهلاك الشيء محل حق الانتفاع ، أو بالنزول عن حق الانتفاع ، أو باتحاد الذمة(٣٨) •

أما التقادم فليس له مجال فى العقارات المحفظة فى القانون المغربى كما بينا من قبل •

واليك تفصيل كل من هذه الأسباب :

١٣٨ — أولا : انتهاء المدة ووفاة المنتفع : ينتهى حق الانتفاع بأقصر الأجلين : اما انتهاء مدته أو وفاة المنتفع ، فاذا توفى المنتفع قبل أن تكتمل المدة انتهى حق الانتفاع •

١٣٩ — ثانيا : الهلاك أو التلف الكلى : الهلاك الكلى يمكن أن يتخذ احدى صورتين : أن يكون هلاكا ماديا ، كانهدام البناء ، أو أن يكون هلاكا قانونيا ، كما لو نزعت ملكية العقار للمنفعة العامة • والنتيجة

---

(٣٨) وردت الأسباب الثلاثة الاولى فى الفصل ٦٦ من تشريع العقارات المحفظة ونصها ينقض الانتفاع : ١ — بوفاة المنتفع — ٢ — بانصرام المدة المحددة للانتفاع — ٣ — بتلف العقار المقرر عليه الانتفاع تلفا كليا . اما النزول فقد اشار اليه الفصل ٧٠ واما اتحاد الذمة فيؤخذ من القواعد العامة .

واحدة فى الحالتين ، وهى حرمان المنتفع من حقه • ولكن المقرر أنه ليس له تعويض فى حالة الهلاك المادى الا اذا كان ذلك بخطأ المالك • أما فى حالة نزع الملكية فيمكن أن ينتقل حقه الى الانتفاع بتعويض نزع الملكية •

وقد سبق أن رأينا أن الهلاك الجزئى لا ينهى حق الانتفاع بل يبقى دائما على الجزء الباقى •

١٤٠ ـ ثالثا : النزول عن حق الانتفاع : قد يتم هذا النزول بارادة منفردة من المنتفع ، وقد يكون باتفاق بينه وبين المالك ، وهذا الاتفاق قد يكون النزول فيه بعوض أو بغير عوض • ولدائنى المنتفع أن يطعنوا فى هذا النزول بأنواعه المختلفة اذا كان فيه أضرار بحقووقهم ، وذلك طبقا للفصل ٧٠ عقارات محفظة •

١٤١ ـ رابعا : اتحاد الذمة : Consolidation ينقضى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة • ويتم ذلك اذا انتقل حق الانتفاع الى مالك الرقبة ، أو اذا انتقلت ملكية الرقبة الى المنتفع • وبذلك يزول حق الانتفاع وتظهر أمامنا ملكية كاملة بعناصرها الثلاث المعروفة •

واذا انتقلت ملكية الرقبة الى المنتفع أو انتقل الانتفاع الى المالك بسبب زال فيما بعد بأثر رجعى ، كما اذا كان قعدا أبطل أو فسخ ، فان اتحاد الذمة يزول أيضا بأثر رجعى ، ويظهر حق الانتفاع (٣٩) •

---

(٣٩) السنهورى : جـ ٩ فقرة ٥٤٠ ـ ص ١٢٧١ ـ ص ١٢٧٢ .

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

١٤٢ ـ حق الاستعمال وحق السكنى أضيق نطاقا من حق الانتفاع ، فحق الانتفاع كما رأينا يأخذ من المالك عنصرى الاستعمال والاستغلال . أما حق الاستعمال فيقتصر على عنصر الاستعمال وحده . وليس يشمل الاستعمال مطلقا بل الاستعمال لصاحب هذا الحق وأسرته فقط . وقد ينص السند المنشيء لحق الاستعمال على قصره على أوجه معينة من الاستعمال .

أما حق السكنى فهو أضق نطاقا من الاستعمال لأنه يشمل نوعا معينا من أنواع الاستعمال وهو السكنى .

١٤٣ ـ نصوص قانونية : ينص الفصل ٨١ من تشريع العقارات المحفظة على :

« ان من له حق الاستعمال على ثمار ملك لا يمكنه أن يطالب الا بمقدار ما يلزم منها لسد حاجياته وحاجيات عائلته .

« كما يمكنه أن يطالب بما يسد حاجيات أبنائه الذين أنجبهم بعد منحه حق الاستعمال » .

وينص الفصل ٨٢ على أنه : « يمكن لمن له حق السكنى فى دار أن يقيم فيها مع عائلته ولو لم يكن متأهلا وقت منحه هذا الحق » .

وينص الفصل ٨٣ على أن : « يقتصر حق السكنى على ما هو لازم لاسكان من خول له هذا الحق ولاسكان عائلته » .

وينص الفصل ٨٤ على « أن حقى الاستعمال والسكنى لا يمكن أن يفوتا ولا أن يؤجرا طبقا لمقتضيات الفصل ٦٣٠ من المرسوم الملكى الصادر بشأن الالتزامات والعقود » .

وفى القانون المصرى تنص المادة ٩٩٦ على أن

« نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته ، لخاصة أنفسهم ، وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشىء للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٦ على أنه :

« لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » .

وتنص المادة ٩٩٨ على أنه : « فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين[٤٠] » .

---

(٤٠) يقابل هذه النصوص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المواد ١٠٠٠ — ١٠٠٢ مدنى مطابقة .

— فى القانون السورى : لا مقابل لها .

— فى القانون العراقى : تنص المادة ١٢٦١ مدنى على أنه : « يصح أن يكون تمليك المنفعة قاصرا على الاستعمال أو على السكنى كذلك توجد

١٤٤ ــ يقتصر حق الاستعمال على الشخص الذى تقرر له الحق وعلى عائلته وتشمل هذه العائلة زوجته وأولاده ومن يعولهم من أقاربه كوالده أو والدته ، وتشمل الخدم الذين يعملون لدى الأسرة[41] ولا يلزم أن تكون هذه الأسرة موجودة وقت تقرير حق الاستعمال ، فقد لا يكون صاحب حق الاستعمال متزوجا وقت نشوء حقه ، فاذا تزوج وأنجب أولادا من بعد كان من حقه أو يشركهم فى الاستعمال معه .

والاستعمال يكون بالكيفية التى تتفق مع طبيعة الشىء الذى تقرر عليه الحق ، فاذا كان الاستعمال منصبا على فيلا ذات حديقة ، كان له أن يسكن الفيلا ، وأن يأخذ الثمار والفاكهة من الحديقة ، ولكن بالقدر الذى يكفيه ويكفى عائلته ، فلا يجوز أن يستثمر الحديقة بأن يبيع ما تغله .

فيه المادة ١٢٦٢ مدنى موافقة للمادة ٩٩٦ مدنى مصرى ، والمادة ١٢٦٣ مدنى مطابقة للمادة ٩٩٧ مدنى مصرى اما المادة ١٢٦٤ مدنى عراقى فهى تنص على انه :

١ ــ اذا احتاجت الدار التى تقرر عليها حق السكنى الى اصلاح التزم صاحب هذا الحق باجرائه ، على ان تكون المبانى التى يقيمها ملكا خالصا له ينتقل الى ورثته .

٢ ــ فاذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الاصلاح ، فللمحكمة ان تؤجر الدار الى شخص آخر يقوم باصلاح خصما من الأجرة ويرد الدار فى نهاية الايجار لصاحب حق السكنى .

ــ فى القانون اللبنانى : تنص المادة ٥٣٩ موجبات وعقود على ان : « من ليس له على الشىء سوى حق الاستعمال الشخصى أو حق السكنى أو حق الحبس أو حق التامين لا يجوز له ان يؤجره » وفيما عدا ذلك لا توجد احكام اخرى به انظر : السنهورى : جـ ٩ ــ ص ١٢٧٥ ــ هامش رقم ٢ .

(٤١) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٥٤٥ ــ ص ١٢٧٦ .

ونفس الحكم ينطبق بالنسبة الى حق السكنى فهو يقتصر على صاحب الحق وأسرته دون غيرهم .

والاستعمال والسكنى حقان لا يقبلان التصرف فيهما سواء بعقود تصرف كالرهن ، أو بعقود ادارة كالايجار . ومع ذلك يسمح القانون المصرى بالتنازل عنهما اذا تضمن السند المنشيء لأى منهما نصا على جواز التنازل ، أو كان هناك مبرر قسوى يضطر صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى الى التنازل .

الفصل الثالث

حق الارتفاق

١٤٥ ــ نذكر بما سبق أن قلنا بشأن التفرقة بين القيود التى ترد على حق الملكية وبين حق الارتفاق[١] وهى ما أسماه التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالارتفاقات المقررة بفعل الانسان .

والارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (المادة ١٠١٥ مدنى مصرى أما التشريع المغربى فلم يرد فيه تعريف له) .

ويتكون حق الارتفاق من ثلاثة عناصر هى : وجود عقار مرتفق ، ووجود عقار مرتفق به ، ووجود منفعة يقدمها الثانى للأول .

ولحق الارتفاق خصائص ثلاث هى : انه حق دائم ، وحق تابع وحق غير قابل للتجزئة .

ولحق الارتفاق تقسيمات رئيسية ثلاث هى : الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة ــ الاتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة ــ الارتفاقات الايجابية والسلبية .

---

(١) انظر ما تقدم فقرة ٨٧ حيث رأينا أن قيود حق الملكية تتقرر بأداة تشريعية وتعتبر هى التنظيم المألوف لحق الملكية ، وهى لا تسقط بعدم الاستعمال ولا تكتسب بالتقادم ، لأن الاستفادة منها يعتبر رخصة من المباحث . اما القيود الاتفاقية وخاصة حق الارتفاق فيتقرر بأداة اتفاقية وتؤدى الى خروج عقارين عن النظام المألوف لحق الملكية : العقار المرتفق والعقار المرتفق به واهى تسقط بعدم الاستعمال وتكتسب بالتقادم .

ولكسب حق الاتفــاق أيضا طرق ثلاث : هى التصرف القــانونى وتخصيص المــالك الأصلى ، والتقادم المكسب •

وبعد أن نعرض لهذه المسائل كلها . نبين آثار حق الارتفاق بالنسبة الى مالكى العقارين المرتفق والمرتفق به وطرق انقضــاء حق الاتفاق ، وهى : النزول عنه ، وهلاك أحد العقارين المرتفق أو المرتفق به والتقادم المسقط ، واتحاد الذمة ، وانتهاء المدة وتحقق الشرط الفاسخ ، واستحالة الاستعمال •

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الى مباحث التالية :

المبحث الأول : فى عناصر حق الارتفاق •

المبحث الثانى : فى خصائص حق الارتفاق •

المبحث الثــالث : فى تقسيمات حق الارتفاق •

المبحث الرابع : فى طرق كسب حق الارتفاق •

المبحث الخامس : فى آثار حق الارتفاق •

المبحث السادس : فى طرق انقضاء حق الارتفاق •

المبحث الأول

عناصر حق الارتفاق

١٤٦ ــ عناصر حق الارتفاق هي وجود عقار مرتفق ، وعقار مرتفق به وفائدة يقدمها الثاني للأول وتحد من منفعة العقار الثاني . واليك بيان هذه العناصر :

١٤٧ ــ أولا : عقار مرتفق : العقار المرتفق هو العقار الذى يعتمد على عقار آخر في استيفاء حاجة تتعلق باستعماله أو استغلاله ويسمى أيضا بالعقار المخدوم . وليس معنى كونه مخدوما أن تعلو مكانة مالكه عن مكانة مالك العقار الخادم . فهذا المعنى كان مسلما به في القانون الفرنسى القديم ، اذ كانت الارتفاقات تنشىء التزامات شخصية على عاتق مالك العقار المرتفق به ، وحقوقا لمالك العقار المرتفق ، وكانت هذه الحقوق تمثل استعلاء طبقة على طبقة أخرى ، حتى أن بعض الفلاحين كان يلتزم بتقليب مياه مستنقع حتى يمنع نقيق الضفادع في المستنقع ، فلا تزعج السيد المجاور أثناء نومه . ولكن الثورة الفرنسية قضت على هذه الطبقية ، وجاءت حقوق الارتفاق في التقنين المدنى الفرنسى خالية من معنى الاستعلاء الطبقى ونص على ذلك صراحة ذلك التقنين في المادة ٦٣٨ منه [٢] .

١٤٨ ــ ثانيا : عقار مرتفق به : وهو العقار الذى يتحمل عبء الارتفاق ، ويسمى أيضا بالعقار الخادم . وفي الغالب يكون هذا العقار

---

(٢) بلانيول وريبير وبيكار : جـ ٣ ــ فقرة ٩٤٠ ــ ص ٩١٧ ، السنهورى جـ ٩ ــ ص ١٣١٨ ــ هامش رقم ١ .

مجاورا للعقار المخدوم ، ولكن لا يوجد أيضا ما يمنع من أن يكون بعيدا عنه ، وتصل الى العقار المخدوم مع ذلك الفائدة التى يتضمنها الارتفاق.

١٤٩ ـ ثالثا : فائدة تحد من العقار الخادم لصالح العقار المخدوم: هذه الفائدة قد تكون اغتراف المياه من العقار الخادم ، وقد تكون هى الحصول على التيار الكهربائى من مسقط للمياه فى العقار الخادم . وقد تكون الفائدة هى حق مالك العقار المخدوم فى الاحتطاب (جمع الحطب) من العقار الخادم لاستعماله فى الانتفاع بعقاره . وقد تكون الفائدة هى حق مالك العقار المخدوم فى رعى ماشيته فى العقار الخادم ، أو فى استخراج أحجار من العقار الخادم يستخدمها فى عقاره المخدوم ، أو حقه فى القاء القمامة فى العقار الخادم . هذه صور مختلفة من تقرير حق الارتفاق .

وهناك صور أخرى هى أصلا من صور القيود التى ترد على حق الملكية ولكن لم تتوافر فيها الشروط التى يتطلبها القانون لترتيب هذا القيد ، فيمكن لمالكى عقارين أن يجعلا منها حق ارتفاق بالاتفاق بينهما. ومثال ذلك أن المطلات والمناور يجب مراعاة مسافات معينة عند فتحها سبق ذكرها ، فاذا لم تتوافر هذه المسافات فلا يمكن انشاء المطل أو المنور، باعتباره قيدا قانونيا على ملكية الجار ولكن يمكن انشاؤه بالاتفاق بين الجارين باعتباره حق ارتفاق يخرج عن التنظيم المألوف لحق الملكية لأنه لم تراع فيه المسافات القانونية . كذلك يمكن تقرير حق المرور أو المسيل أو الشرب باعتبارها حقوق ارتفاق وذلك بالاتفاق بين الملاك اذا لم تتوافر الشروط القانونية اللازمة لاعتبارها قيودا على الملكية[٣].

---

(٣) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٥٦٩ ـ ص ١٣١١ .

المبحث الثاني

خصائص حق الارتفاق

١٤٩ ــ خصائص حق الارتفاق هي كونه حقا دائما . وحقا تابعا وحقا غير قابل للتجزئة . واليك بيانها :

١٥٠ ــ الارتفاق حق دائم : رأينا من قبل أن الملكية حق دائم ، لأنها لا يجوز أن تؤقت بمدة ، فلا تضاف الى أجل واقف أو فاسخ ، بل لا تكون ملكية بالمعنى الصحيح الا اذا توافر لها الدوام ورأينا كذلك أن الملكية يمكن أن تتعلق على شرط واقف أو فاسخ .

وحق الارتفاق على خلاف ذلك يجوز أن يضاف الى أجل واقف فلا ينشأ الا بعد مدة معينة ، أو الى أجل فاسخ ينتهي بعد مدة معينة . بل ان المنفعة موضوع حق الارتفاق اذا كانت تقدر في كل مرة بالمدة واتفق الطرفان على عدد المرات التي يتكرر فيها ذلك فان الارتفاق لايكون مضافا الى أجل ، فالزمن هنا لا يكون عنصرا عارضا ، بل هو عنصر جوهري فيكون العقد المنشيء للارتفاق من عقود المدة التي يقدر الأداء فيها تقديرا زمنيا أي يقاس بمقياس الزمن .

والارتفاق يمكن أن يعلق على شرط واقف أو فاسخ .

اذن فما هو المقصود بدوام حق الارتفاق ؟ المقصود هو أنه اذا لم تحدد للارتفاق مدة كان حقا دائما يدوم بدوام العقارين[٤] .

---

(٤) السنهوري : جـ ٩ ــ فقرة ٥٥٠ ــ ص ١٢٨٤ .

١٥١ ــ الارتفاق حق تابع . لما كان حق الارتفاق يتقرر لفائدة عقار ، فهو يكون تابعا لهذا العقار يبقى ببقائه ان كان ارتفاقا دائما ويزول بزواله ، وينتقــل مع انتقاله من مالك الى مالك . ولذلك قيل انه حق تابع ، ولأنه يزيد فى منفعة هذا العقار فهو يزيد من قيمته عند بيعه .

والأمر كذلك بالنسبة الى العقار الخادم فالارتفاق الوارد عليــه والذى يحد من منفعته يبقى ما بقى هذا العقار ، ان كان ارتفاقا دائما ، وينتقل مع انتقاله من مالك الى مالك ، ولذلك كثيرا ما يقلل هذا الارتفاق من قيمة العقار الخادم عند التصرف فيه بعوض لأنه يحد من منفعته ، وليس معنى كون الارتفاق حقا تابعا أنه يدخل فى عداد الحقوق العينية التبعية ، وانما هو حق عينى أصلى . أما الحقوق العينية التبعية فهى تكون تابعة لحقوق شخصية وتكون ضامنة لها .

١٥٢ ــ الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : يبقى حق الارتفاق قائما لصالح العقار المخدوم ، فاذا انقسم هذا العقار بين عدة مالكين كان لكل منهم نفس الحق فى الفائدة المقررة على العقار الخادم بحيث لا يزيد ذلك من عبء الارتفاق عليه . ولكن تقرر بعض التشريعات كالقانون المصرى (المــادة ١٠٢٤/٢ مدنى) أنه اذا لم تكن لبعض الأجزاء حاجة الى هذه الفائدة فان مالك العقار الخادم يكون له أن يطلب تحرير عقاره من الارتفاق الخاص بها ، ويبقى الارتفاق للأجزاء التى تكون فى حاجة اليه فقط .

كذلك يبقى الارتفاق قائما على العقار الخادم ، فاذا تمت تجزئته بين عدة مالكين ، بقى الارتفــاق قائما على كل جزء من هــذه الأجزاء كما كان على العقار كله قبل التجزئة . ولكن بعض التشريعات كالقانون المصرى أيضا (المــادة ١٠٢٥/٢) تقرر أنه اذا كانت بعض الأجزاء لاتفيد العقار المرتفق كان لمالك كل من هذه الأجزاء أن يطلب انهاء حق الارتفاق

المقرر عليها وتخليصها منه . وهذا الحكم نرى أنه يمكن للقضاء المغربى أن يأخذ به دون حاجة الى نص سواء بالنسبة الى هذه الحالة أو الى الحالة السابقة ، وذلك لأن تمسك صاحب الارتفاق ببقائه بعد أن أصبح غير مقيد له ، يعتبر تعسفا منه فى استعمال هذا الحق لأنه يسعى الى تحقيق مصالح قليلة الأهمية لا تتفق مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

واذا كان العقار المرتفق مملوكا على الشيوع ، فان أحد الملاك فى هذه الملكية الشائعة لا يملك بمفرده أن يتفق على حق ارتفاق لصالح حصته الشائعة ، لأن الارتفاق لا يتجزأ ، وكذلك اذا كان العقار المرتفق به مملوكا على الشيوع لا يجوز لأحد مالكية أن يتفق على انشاء ارتفاق على هذا العقار أو على حصته الشائعة فيه لنفس السبب ، فلا بد لترتيب ارتفاق على عقار شائع أو لفائدة عقار شائع من موافقة جميع الشركاء فى الملكية الشائعة (٥) .

---

(٥) السنهورى : ج ٩ ـ فقرة ٥٥٠ ـ ص ١٢٨٥ .

المبحث الثالث

تقسيمات حق الارتفاق

١٥٣ ــ تنقسم الارتفاقات الى : ارتفاقات مستمرة وغير مستمرة والى ارتفاقات ظاهرة وغير ظاهرة ، والى ارتفاقات ايجابية وسلبية واليك بيان هذه الأقسام .

١٥٤ ــ الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة : الارتفاقات المستمرة هى التى لا يقتضى استعمالها تدخلا بفعل الانسان ، وغير المستمرة هى التى يحتاج استعمالها الى تدخل الانسان .

فمن الارتفاقات المستمرة : الارتفاق بعدم البناء ، وهو يلزم مالك العقار الخادم بعدم البناء فى أرضه ، والارتفاق بعدم الزيادة فى تعلية البناء عن حد معين . فهذه الارتفاقات لا تحتاج فى استعمالها الى التدخل الحالى من جانب أى من المالكين ، وكل ما يتطلبه هذا النوع هو الامتناع عن اتيان أمر معين هو البناء مطلقا أو البناء الذى يجاوز حدا معينا ، وهذا النوع لا يقع فيه تدخل الانسان لا فى بدايته ولا فى أثناء جريانه .

وتوجد ارتفاقات مستمرة تبدأ بتدخل حالى من فعل الانسان عند انشائها ثم تستمر بدون تدخل ، ومثالها الارتفاق بالشرب والمجرى والمسيل فهى تحتاج الى حفر المجرى فى أول الأمر ، ثم يبقى الارتفاق مستمرا بلا تدخل من أحد الا ما تدعو اليه الصيانة .

أما الارتفاق غير المستمر فمثاله الارتفاق بالمرور أو باغتراف المياه أوبرعى الماشية ، أو باستخراج الاحجار ، فهذه تحتاج الى عمل ايجابى

ن مالك العقار المخدوم بأن يمر أو أن يغترف من المـاء أو يجوب الأرض
بحاشيته أو يستخرج منها الأحجار • وبدون هذا العمل ينقطع استعمال
الارتفاق فلا يكون مستمرا ، حتى ولو وجدت علامات ظاهرة تحـدد
مكان الارتفاق ، مثل رصف الطريق الذى يباشرعليه الارتفاق بالمرور[٦] •

وهذ التقسيم يرجع الى طبيعة الارتفاق كما هو واضح •

١٥٥ ــ الارتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة : هذا التقسيم لايرجع
لى طبيعة الارتفاق وانما يرجع الى أمر خارجى • الارتفاق الظاهر توجد
علامة خارجية تدل على وجوده ، فالنـافذة تدل على وجود حق المطل
والمجرى يدل على وجود حق المجرى ، والباب والطريق المرصوف يدل
على وجود حق للمرور •

أما الارتفاق غير الظاهر فلا توجد علامة خارجية تدل عليه ، ومثاله
لارتفاق بعدم البناء ، ولارتفاق بالمرور اذا لم توجد له علامة ظاهرة
كطريق مرصوف أو باب يدخل منه الى العقار المرتفق به •

والارتفق بالشرب اذا كانت له مسقاة يمر فيها المـاء كان ارتفاقا
ظاهرا أما اذا كانت وسيلته أنابيب تحت الأرض توصل المـاء فالارتفاق
غير ظاهر •

والارتفاق الظاهر يمكن أن يكون مستمرا أو غير مستمر : فيكون
مستمرا كما فى فى صورة المجرى الظاهر ، ويون غير مستمر كما فى صورة
حق المرور الذى توجد له علامة ظاهرة •

---

(٦) مازو : فقرة ١٧١٣ ــ ص ١٣١٧ ، السنهورى : جـ ٩ ــ فقـرة
٥٥٤ ، ص ١٢٩١ ــ ص ١٢٩٣ .

والارتفق غير الظاهر يكمن أن يكون مســتمرا أو غير مستمر : فيكون مستمرا اذا كانت هناك أنابيب مدفونة فى الأرض تزود العقــار المخدوم بالمــاء • ويكون غير مستمر اذا كان هناك حق مرور لا توجد له علامة ظاهرة (٧) •

١٥٦ — الارتفاقات الايجابية والسلبية : يقوم هذا التقسيم على مضمون حق الارتفاق ، فسيكون الارتفاق ايجابيا اذا كان من حق مالك العقار المرتفق أن يقوم بأعمال ايجابية على العقار المرتفق به ،كالمرور فيه واغتراف المــاء منه • ويكون الارتفاق سلبيا اذا كان على مالك العقار المرتفق به أن يمتنع عن أعمال كانت من حقه أصلا مثل الارتفاق بعــدم البناء أو بعدم تعلية البناء • والارتفاق السلبى يكون دائما ارتفاقا مستمرا غير ظاهر • أما الارتفاق الايجابى فيمكن أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو غير مستمر اذا كان ارتفاقا بالمرور ، كذلك يمكن أن يكون ظاهرا أو غير ظاهر ، ومثال الأول الارتفاق بالمرور اذا رصف طريقه ومثال الثانى الارتفاق باغتراف المياه أو رعى المــاشية (٨) •

---

(٧) مازو : فقرة ١٧١٤ — ص ١٣١٧ ، السنهورى : جـ ٩ ص ١٢٩٤ ص ١٢٩٥ •

(٨) السنهورى : جـ ٩ — فقرة ٥٥٦ — ص ١٢٩٥ .

المبحث الرابع

طرق اكتساب حق الارتفاق

١٥٧ ــ يكتسب حق الارتفاق بالتصرف القانونى ، وبتخصيص المالك الأصلى ، وبالتقادم المكسب ، ويمكن كذلك كسبه بالميراث سنكتفى بشرح الطرق الثلاث الأولى دون الميراث •

١٥٨ ــ أولا : التصرف القانونى : قد يكون التصرف القانونى تصرفا بارادة منفردة ، وقد يكون عقدا • فيكون بارادة منفردة مثل الوصية ، ويكون بعقد : كعقد بيع أو مقايضة ، أو هبة •

وكل حقوق الارتفاق يمكن أن تنشأ بطريق التصرف القانونى •

ولما كان الارتفاق حقا من الحقوق العينية الأصلية فانه يتعين تسجيله ان كان واردا على عقار محفظ ، وبغير التسجيل لاينشأ الارتفاق، لا فيما بين المالكين ولا بالنسبة لغيرهما •

ويجب أن يكون مضمون الارتفاق أمرا مشروعا ، وهوغالبا مايكون كذلك • ولكن من الممكن أن يتعلق الارتفاق بأمر غير مشروع أى مخالف للنظام العام أو الآداب • وبذلك يكون التصرف المنشىء للارتفاق باطلا، كما لو ترتب على عقار ارتفاق يعطى لمالك العقار المرتفق حق المرور لتهريب مواد مخدرة [٩] • وقد نص على ذلك الفصل ١٤٥ من تشريع

---

(٩) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٥٦٨ ــ ص ١٣١٠ •

العقارات المحفظة ، فى نهـاية فقرته الأولى بقوله : « ... وأن لا يكون فى هذه الارتفاقات بطبيعة الحال ما يخالف النظام العام » .

ويتقيد التصرف القانونى دائما بأن ينشىء الاتفاق على عقار لا على شخص وبأن ينشئه لفائدة عقار لا لفائدة شخص[١٠] . وقد نص على ذلك الفصل ١٤٥/١ من تشريع العقارات المحفظة الذى يقول : « يجوز للمالكين أن يؤسسوا على أملاكهم أو لفائدتها ما شـاءوا من الارتفاقات ولكن بشرط أن لا تفرض الارتفاقات على الشخص أو لفائدته بل فقط على ملك أو لفائدة ملك لا غير » .

وفيما يلى نبين مدى هذين القيدين :

١ ــ الاتفاق يتقرر على عقار : لمـا كان الارتفاق حقا عينيا فهـو يتضمن سـلطة مباشرة لشخص هو مالك العقار المرتفق على شىء هو العقار المرتفق به وبذلك لا يحتاج الى وسـاطة مالك العقار المرتفق به للوصـول الى حقه ، ولا يترتب على هذا المـالك التزامات شخصية واذا وجدت مثل هذه الالتزامات فمردها الى الاتفاق لا الى الارتفـاق اذ يمكن أن يوجد الارتفاق بدونها .

وبنـاء عليه لا يجوز أن يكون الارتفاق ملزما لمـالك العقار المرتفق به بأن يحرث الأرض المرتفقة أو بأن يجمع محصولها ، فهـذه الأمور يمكن أن تكون محلا لالتزام لا لارتفاق .

واذا كان مالك العقـار المرتفق لا يلتزم بالتزامات شخصية بمقتضى حق الارتفاق ذاته ، فانه يجوز على العكس أن يلتزم بأعمال اضافية تابعة

---

(١٠) مازو : الفقرتان ١٧١٠ ، ١٧١١ ــ ص ١٣١٤ ــ ص ١٣١٦ .

للارتفاق . فمثلا يلتزم فى وجود الارتفاق بالمسيل بأن يقوم بتطهير المصرف، وفى وجود الارتفاق بالمجرى بصيانة المسقاة التى يمر بها الماء .وهذا العمل يعتبر التزاما عينيا . فيجوز التخلص منه بأن يتخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره . وقد نص على ذلك الفصل ١٤٩ من تشريع العقارات المحفظة بقوله: « فى حالة ما اذا كان صاحب الملك المرتفق به مكلفا بموجب السند بأن يقوم على نفقته بالأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق وصيانته يمكنه دائما التحرر من هذا التكليف بتخليه عن الملك المرتفق به لفائدة صاحب الملك المرتفق » . ويماثل هذا النص المادة ١٠٢٢/٢ مدنى مصرى ونصها : « اذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال (الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه) على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » .

٢ ــ الارتفاق يتقرر لفائدة عقار : فيجب أن يكون هناك ارتباط بين الارتفاق وبين الغرض الذى أعد العقار له . فاذا كان مالك العقار المرتفق يحصل من العقار المرتفق به على صوادر لتسميد أرضه أو يحصل منه على حطب لتدفئة منزله ، أو يحصل منه على مياه لحاجاته المنزلية ، فهذه صور لحق الارتفاق لأن الفائدة مرتبة للعقار ومرتبطة باستعماله فيما أعد له أما اذا كان لمالك العقار المرتفق أن يقوم بالاستحمام فى بركة فى أرض الجار أو فى حمام سباحة فى حديقة منزل الجار أو أن يصطاد فى أرض الجار أو يقطف من حديقته زهورا فليس هذا من قبيل حق الارتفاق ، لأنه تقرر لفائدة شخص المالك لا لفائدة العقار الذى يملكه .

١٥٩ – ثانيا تخصيص المالك الأصلى[١١] عند الحالة تكون فيها عقاران متجاوران مملوكين لشخص واحد، وفى انتفاعه بهما واستعماله لهما ، لا يتقيد بشىء معين ولا تنشأ حقوق ارتفاق لأحد العقارين على الآخر ، لأن الارتفاق لا ينشأ الا اذا كان العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، فيمكن أن يفتح فى أحد العقارين مطلا أو منورا دون أن يراعى المسافات القانونية لأنه يفتحها بين أملاكه الخاصة • فاذا تصرف فى العقار الذى فتح عليه المطل • وقبل المشترى شراء هذا العقار دون أن يعترض على وجود مطل على أقل من المسافة القانونية . ودون أن يطلب سده . فهو يعتبر راضيا ببقائه ويعتبر أنه قد اتفق مع المالك اتفاقا ضمنيا على بقاء هذا المطل . وبذلك ينشأ حق ارتفاق بالمطل لفائدة العقار المفتوح قد دالمطل على العقار المبيع • ويقال عندئذ ان الارتفاق نشأ بتخصيص المالك الأصلى •

---

(١١) لا يوجد فى القانون الفرنسى ولا اللبنانى ولا السورى نصوص على هذه الصورة من صور انشاء حق الارتفاق ، ولكن يمكن الأخذ بها عملا دون حاجة الى النص لأن التخصيص يقوم على اتفاق ضمنى ، والأصل انه لا قيد على حرية الاتفاق الا ما نص عليه المشرع ، والمشرع لم يقيد الاتفاق هنا بشىء . اما القانون المصرى فقد عالجه بنص هو المادة ١٠١٧ مدنى ونصها

١ – يجوز فى الارتفاقات الظاهرة ان ترتب ايضا بتخصيص من المالك الأصلى .

٢ – ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى اذا تبين بأى طريق من طرق الاثبات ان مالك عقارين منفصلين قد اقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها ان تدل على وجود ارتفاق لو ان العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، ففى هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك . وهذا النص يطابقه المادة ٢/١٠ مدنى ليبى ، والمادة ١٢٧٣ مدنى عراقى .

وعلى ذلك يمكن تحديد شروط معينة يجب توافرها فى هذه الصورة وهى :

١ ـ أن يوجد عقاران مملوكين لشخص واحد •

٢ ـ أن يجعل المـالك أحد العقارين خادما للآخر •

٣ ـ أو توجد علامة ظاهرة لذلك ، ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون الارتفاق ظاهرا فالارتفاقات غير الظـاهرة لا تكتسب بطريق تخصيص المـالك الأصلى •

٤ ـ أن تنتقل ملكية أحـد العقارين الى شخص آخر بأى طريق سواء بعقد أو بوصية أو بطريق نزع الملكية للمنفعة العامة أو بالبيـع فى مزاد جبرى أو بغير ذلك من الطرق •

٥ ـ ألا يوجد شرط يقضى بعدم ترتيب الارتفاق[١٢] •

١٦٠ ـ ثالثـا : التقادم المكسب : فى هـذه الصورة يمكن أن يكسب مالك عقار حق ارتفاق على عقار آخر عن طريق ممارسـة مضمون هذا الارتفاق مدة التقادم المكسب فيثبت له ذلك الحق فى الحدود التى كان يمارسه فيها فاذا كان يمارس الارتفاق بواسطة مطل بقى المطل على حاله فلا يجوز له فتح مطل آخر استنادا الى التقادم ، ولا توسـيع المطل الموجود • ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاق الظاهر ، أما الارتفاق غير الظاهر فلا يمكن كسبه بالتقادم مهما طال استعماله •

---

(١٢) السنهورى : جـ ٩ فقرة ٥٧٨ ـ ص ١٣٣٧

ولكن كسب الارتفاق الظاهر بالتقادم لا يكون الا بالنسبة الى العقارات الملك أما فى العقارات المحفظة فقد نص تشريعها فى الفصل ١٤٥/٢ منه على أنه : « لا يمكن احداث الارتفاقات بسند ، ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها فى السند المؤسس لها » . فقد قصر هذا النص احداث الارتفاق على حالة وجود سند ينشئه ويحدد استعماله ومداه ، وهذا منتف فى فكرة التقادم المكسب [١٣] .

---

(١٣) يذهب رأى آخر فى القانون المغربى الى أن التقادم المكسب يقع بالنسبة الى العقارات عموما ويكسب حق الارتفاق (الكزبرى ص ١٨٩) . ولكن الرأى الراجح هو ما ذكرناه فى المتن من اقتصار التقادم على العقارات غير المحفظة أما المحفظة فلا يتسنى فيها التقادم المكسب لصراحة نص الفصل ٦٥ من تشريع التحفيظ العقارى .

المبحث الخامس

آثار حق الارتفاق

١٦١ — سنتناول فى هــذا المبحث الكلام عن الآثار الى مالك العقار المرتفق ثم بالنسبة الى مالك العقار المرتفق به • ونخصص لكل من هذين الموضوعين مطلبا •

المطلب الاول

آثار الارتفاق بالنسبة الى مالك العقار المرتفق

١٦٢ — استعمال حق الارتفاق ومداه : نصوص قانونية :

ينص الفصل ١٤٥/٢ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على أنه : « ولايمكن احداث الارتفاقات الا بسند ، ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها فى السند المؤسس لها » •

وينص الفصل ١٤٦ على أنه : « يفترض حين يؤسس ارتفاق ما أنه منح كل ما هو لازم لاستعماله • وهكذا فان ارتفاق اغتراف المــاء من عين للغير يستلزم حق المرور » •

وينص الفصل ١٤٧ على أنه : « يحق لمن له الارتفاق أن يقوم بجميع الأعمال الضرورية لاستعماله وصيانته » •

ونجد فى التقنين المدنى المصرى مقابلا لهذه النصوص ، فالمادة ١٠٢٠ تنص على أن :

١ ـ لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى ينشأ عنه أقل ضرر ممكن .

٢ ـ ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق » [١٤] .

ويخلص من هذه النصوص أن مالك العقار المرتفق له أن يستعمل حق الارتفاق ، وأن يقوم بما يلزم لاستعماله ، أى أن الارتفاق يشمل الأعمال الضرورية لمباشرة الارتفاق ، ويضرب تشريع العقارات المحفظة مثلا على ذلك نقله عن المادة ٦٩٦ مدنى فرنسى هو حالة من يتقرر له ارتفاق باغتراف المياه من أرض الغير ، فلابد لممارسة هذا الحق من أن يدخل الى الأرض المرتفق بها ويمر فيها الى مورد المياه ليأخذ حاجته .

---

(١٤) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلى من النصوص :

ـ فى القانون الليبى : المادة ١٠٢٣ مطابقة .

ـ فى القانون العراقى : المادة ١٢٧٦ مطابقة .

ـ فى القانون السورى واللبنانى : المادتان ٩٨٩ و ٩٩٢/٤ مدنى سورى والمادتان ٨٦ و ٨٩/٤ ملكية عقارية لبنانى متطابقة والمواد السورية منقولة عن اللبنانية ، ونصها هو المادة ٩٨٩ : « لمالك العقار المرتفق الحق فى ان يقيم فى العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته » . والمادة ٩٩٢/٤ : « وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله الا وفقا لمنطوق سنده ولا يجوز له ان يحدث فى أرضه او فى العقار المرتفق به أى تعديل من شأنه ارهاق هذا العقار ، انظر : السنهورى : جـ ٩ ـ ص ١٣٧٠ ـ هامش رقم ١ » .

وتحدد النصوص حق مالك العقار المرتفق بالقدر الضرورى أواللازم فقط لاستعمالالارتفاق ، ولما كان تفسيرالارتفاق وتفسير نصوصالقانون فى مسائل حق الارتفاق يجب أن يكون تفسيرا ضيقا فان مؤدى هذا أن الأعمال التى تكون مفيدة لمالك العقار المرتفق وليست ضرورية ، لا تدخل فيما يشمله حق الارتفاق ، وعلى ذلك اذا كان لمالك العقار المرتفق حقالمجرى ، فان ذلك لايشمل حق المرور ، لأن الماء يأتيه بواسطة المجرى فلا يحتاج الى المرور ولو كان المرور مفيدا له[١٥] .

ولمالك العقار المرتفق كذلك أن يقيم المنشآت التى تلزم لاستعمال حقه فى العقار المرتفق به ، فاذا كان له حق مرور ، كان له أن يقوم برصف الطريق الذى يمر منه وأن يتعهده بالصيانة ، واذا كان يغترف الماء من بئر كان له أن يضع مضخمة يستخرج بها الماء . وهكذا . وهذه الأعمال من حقه وليست واجبا عليه ، فلا تثريب عليه ان لم يقم بها ، ولكن قد يترتب على عدم اعداد الطريق أو اقامة المضخمة ضرر لمالك العقار المرتفق به فيلتزم مالك العقار المرتفق بتعويضه عن ذلك .

ويتقيد مالك العقار المرتفق فى استعماله ، بأن يلتزم حدود حقه لا يتجاوزها فالارتفاق بالمرور سيرا على الأقدام لا يجوز استعمال السيارة فيه حتى ولو لم يلحق ذلك ضررا بالعقار المرتفق به ، وفى اطار هذه الحدود ، يلتزم بألا يضر بمالك العقار المرتفق به ضررا بليغا ، أو كما يقول النص المصرى : أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى ينشأ عنه أقل ضرر ممكن . وهذا الشرط قد ورد قد شبيه به فى الفصل ١٥٢ من تشريع العقارات المحفظة ونصه : « وكذلك لا يمكن لمن له حق ارتفاق أن يستعمل

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار : جـ ٣ ــ فقرة ٩٧٦ ــ ص ٩٥٦ ، السنهورى : جـ ٩ فقرة ٥٠٢ ــ ص ١٣٦٤ ــ ص ١٣٦٥

حقه المذكور الا وفق مضمون سنده ، ولا يجوز له أن يحدث لا فى العقار المرتفق به ولا فى العقار المرتفق أى تغيير من شأنه ارهاق العقار الأول ».

١٦٣ — النفقات اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه : ينص الفصل ١٤٨ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على أن : « تكون هذه الأعمال على نفقته لا على نفقة صاحب الملك المرتفق به ما لم ينص السند المقرر للارتفاق على ما يخالف ذلك » .

ويقضى الفصل ١٤٩ بأنه : « فى حالة ما اذا كان صاحب الملك المرتفق به مكلفا بموجب السند بأن يقوم على نفقته بالأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق وصيانته يمكنه دائما التحرر من هذا التكليف بتخليه عن الملك المرتفق به لفائدة صاحب الملك المرتفق » .

وفى وفى التقنين المدنى المصرى يقابل هذين النصين المادة ١٠٢٣ مدنى ونصها :

١ — « نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، ما لم يشترط غير ذلك .

٢ — « فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » .

٣ ــ « واذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة[١٦] » .

كان طبيعيا أن تقرر نصوص التشريعات سالفة الذكر أن تكون نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه لبقائه على عاتق مالك العقار المرتفق ، لأنه هو الذى يستفيد من الارتفاق . ولكن اذا كانت هذه النفقات قد استوجبها خطأ وقع من : مالك العقار المرتفق به ؛ فان هذا الأخير هو الذى يلتزم بها على سبيل التعويض[١٧] .

على أن قاعدة تحمل مالك العقار المرتفق بالنفقات ليست متعلقة بالنظام العام ، فيمكن أن يتفق المالكان على أن يتحمل بها مالك العقار المرتفق به ، رغم أنه لامصلحة له فى انفاقها فهى تعود على المالك الآخر . ولكن اذا كان الارتفاق قد تقرر بمقابل مالى فان هذه النفقات تراعى فى تقدير هذا المقابل وتعتبر النفقات التزاما عينيا على مالك العقار المرتفق به لأنه يلتزم بها بسبب ملكيته للعقار ، فلا ينتقل هــذا الالتزام الى الورثة الشخصين ، وانما ينتقل الى من انتقلت اليه ملكية العقار ولو كان الخلف

---

(١٦) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلى من النصوص :

ــ فى القانون الليبى : المادة ١٠٢٤ مطابقة .

ــ فى القانون العراقى : المادة ١٢٧٧ مطابقة .

ــ فى القانونين السورى واللبنانى : المادة ٩٩٠ مدنى سورى تطابق المادة ٨٦ ملكية عقارية لبنانى ومنقولة عنها ونصها « ا ن اكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته هى على عاتق العقار المرتفق » . انظر السنهورى : جـ ٩ ــ ص ١٣٧٤ هامش ٢

(١٧) بلانيول وريبير وبيكار : جـ ٣ ــ فقرة ٩٧٩ ــ ص ٩٥٨ ــ ص ٩٥٨ ، السنهورى جـ ٩ ــ فقرة ٦٠٦ ــ ص ١٣٧٥

الخاص • ويستطيع مالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بأن يتخلى عن عقاره لمـالك العقار المرتفق •

ويقرر القانون المصرى حكما آخر هو : « أنه اذا كانت الأعمـال المتعلقة باستعمال الارتفاق والمحافظة عليه نافعة لمـالك العقار المرتفق به . فانه يتحمل جزءا من نفقات الصيانة بنسبة ما عاد عليه من الفائدة والنفع• فاذا كان اغتراف المياه من بئر فى أرضه يحتاج الى اقامة مضخة ، وكان هو يغترف من البئر مثلما يغترف منه مالك العقار المرتفق به ، فمصاريف اقامة المضخة وصيانتها تكون مناصفة بينهما ، وفى هذه الحالة لا يلتزم مالك العقار المرتفق به بالنفقات بوصفه مالكا كما فى الحالة السـابقة . بل يلتزم بها بوصفه مستفيدا من البئر فلا يجوز له أن يتخلى عن العقار ليتخلص منها[18] • ولكن يجوز له فى رأينا التخلى عن الانتفاع بالبئر فى مقابل التخلص من نفقاتها وهذا الحكم وان كان لم يرد له مثيل فى التشريع المغربى • الا أنه لا يخالف القواعد العامة فيه ويمكن الأخذ به فىالاجتهاد القضائى المغربى •

المطلب الثـانى

آثار الارتفاق بالنسبة لمـالك العقار المرتفق به

١٦٤ ــ واجبات مالك العقار المرتفق به : نصوص قانونية : ينص الفصل ١٥١ من تشريع العقارات المحفظة على : « أن صاحب الملك المرتفق به لا يمكن له القيام بأى شىء يرمى الى انقاص استعماله أو جعله صعب التناول • ــ وهكذا لا يجوز له تغيير حالة الأماكن ولا نقل اسـتعمال الارتفاق الى محل آخر غير المكان الذى وضع فيه أول الأمر • ــ غير أنه اذا صار هذا الوضع الأول أشـد كلفة على صاحب الملك المرتفق به •

(١٨) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٦٠٦ ــ ص ١٣٧٧

أو اذا حال دون قيامه باصـلاحات نافعة فى ملكه أمكنه أن يعرض على صاحب الملك الآخر مكانا بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولا يمكن لهذا الأخير أن يرفض ذلك » .

وفى القانون المصرى : تنص المـادة ١٠٢٣ مدنى على أنه :

١ — « لا يجوز لمـالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدى الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له بوجه خاص أو أن يغير من الوضع القائم ، أو أن يبدل الوضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر » .

٢ — « ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصـلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفـاق مانعا من احداث تحسنات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضـعه الجديد ميسورا لمـالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق[١٩] » .

---

(١٩) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

— فى القانون الليبى : المـادة ١٠٢٦ مدنى مطابقة .

— فى القانون العراقى : المـادة ١/١٢٧٨ ، ٢ مدنى مطابقة .

— فى القانونين السورى واللبنانى : المـادة ١/٩٩٢ ، ٢ ، ٣ مدنى مدنى سورى تطابق المـادة ١/٨٩ ، ٢ ، ٣ ملكية عقارية لبنانى وهى مأخوذة عنهـا (السنهورى : جـ ٩ — ص ١٣٨٠ ، هامش رقم ٢) والنصان السورى واللبنانى يكادان يطابقان الفصل ١٥١ من تشريع العقارات المحفظة الوارد نصه فى المتن .

ويخلص من هذين النصين أن مالك العقار المرتفق به يلتزم بالتزامات سلبية هى الامتناع عن كل عمل يعوق استعمال الارتفاق أو ينتقص من استعماله أو يجعله صعبا • والارتفاق لا يمنع مالك العقار المرتفق به من ممارسة سلطاته على عقاره من استعمال واستغلال وتصرف ، ولكنه يتقيد فقط بعدم المساس بحق الارتفاق فاذا بنى فى عقاره الذى رتب عليه ارتفاقا بالمرور ، كان عليه أن يترك مكانا للطريق الذى يمر منه صاحب العقار المرتفق ، واذا قام بتحويط ملكه كان عليه أن يترك بابا لممارسة حق المرور وأن يعطى لمالك العقار المرتفق مفتاحا لهذا الباب • وهكذا •

فاذا أخل مالك العقار المرتفق به بهذا الالتزام فالجزاء هو الزامه باعادة الحال الى ما كانت عليه ، والزامه بتعويض الأضرار التى تحل بمالك العقار المرتفق نتيجة فعله • ويجب أن نلاحظ أن الزام مالك العقار المرتفق به باعادة الحال الى ما كانت عليه هو من التكاليف العينية فلا يلتزم بها الورثة الشخصيون ، وانما يلتزم بها من انتقلت اليه ملكية العقار • وعلى خلاف ذلك الزامه بالتعويض : فو التزام شخصى يسأل عنه فى تركته ولا يسأل عنه من انتقل اليه العقار[٢٠] •

وليس من حق مالك العقار ارتفق به وحده أن يغير من مكان الارتفاق ووضعه ، وليس لمالك العقار المرتفق ذلك أيضا وحده وانما يمكن أن يتم ذلك باتفاق المالكين • وهذا هو ما تمليه القواعد العامة •

غير أن المشرع المغربى (وكذا القوانين العربية الأخرى) يرخص لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تبديل موضع الارتفاق بمكان آخر اذا كان فى وضعه القائم يزيد من عبء الارتفاق ويكون شديد الكلفة

---

(٢٠) بلانيول وريبير وبيكار : جـ ٣ — فقرة ٩٨٥ — ص ٩٦٦ ، السنهورى : جـ ٩ — فقرة ٦١٣ — ص ١٣٨٣ — ص ١٣٨٤

عليه أو يحول دون قيامه بتحسينات أواصلاحات نافعة . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون المكان الذى سينتقل اليه الارتفاق تتوافر فيه مزايا السهولة واليسر المتوافرة فى المكان الأول ، وألا يلحق ضررا بمالك العقار المرتفق ، فاذا تحقق ذلك لم يكن لمالك العقار المرتفق أن يعترض .اذا اعترض ألزمته المحكمة بتبديل موضع الارتفاق على أن الذى يتحمل نفقات تبديل موضع الارتفاق هو مالك العقار المرتفق به ، لأن ذلك يتم لمصلحته . ولا يسقط بالتقادم حقه فى طلب تبديل الارتفاق ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم[٢١] .

---

(٢١) بلانيول وريبير وبيكار : جـ ٣ فقرة ٩٨٩ ــ ص ٩٧٢ ، لسنهورى : جـ ٩ فقرة ٦١٩ ــ ص ١٣٨٧

المبحث السادس

طرق انقضــاء الارتفـاق

١٦٥ — ينقضى حق الارتفاق بانقضاء المدة المعينة له . وبالنزول عنه وبهلاك أحد العقارين . وباتحاد الذمة . وبالتقادم المسقط وباستحالة الاستعمال • واليك بيان هذه الطرق •

١٦٦ — أولا : انقضاء المدة : ينقضى حق الارتفاق بانقضاء المدة المتفق عليها اذا كانت هناك مدة محددة فى سند انشائه • فاذا لم تحدد مدة فقد رأينــا من قبل أن حق الارتفاق يبقى حقا دائما كحق الملكية ذاته •

١٦٧ — ثانيا : النزول : ويقع ذلك بارادة منفردة من جانب مالك العقار المرتفق • ويمكن أن يكون نزوله صريحا أو ضمنيا • فاذا وقع مالك العقار المرتفق على عقد بيع العقار المرتفق به بصفته شاهدا وكان عقـد البيع يتضمن شرطا يقرر أن العقار خال من حقوق الارتفاق كان ذلك تنازلا ضــمنيا منه • ولكن لا يعتبر نزولا ضــمنيا أن يرى مالك العقار المرتفق أعمالا تتعارض مع حقه ولا يعترض عليها[٢٢] •

١٦٨ — ثالثا : هلاك أحـد العقارين : فاذا كان الارتفاق مقررا على بناء ثم انهدم ، زال الارتفاق ، فاذا جدد البنــاء عاد الارتفاق الى الظهور واذا هلك العقار المرتفق يزول الارتفاق كذلك الا اذا جدد بناؤه•

---

(٢٢) بلانيــول وريبير وبيكار : جـ ٣ ص ٩٨٢ — هامش رقم ٣ ، السنهورى جـ ٩ — فقرة ٦٢٥ — ص ١٤٠٥

والهلاك القانونى كالهلاك المـادى فاذا نزعت ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة انقضى الارتفاق ويكون لمـالك العقار المرتفق أن يحصـل على تعويض(٢٣) .

١٦٩ ــ رابعا : اتحاد الذمة : ينقضى حق الارتفاق اذا اجتمعت ملكية العقارين المرتفق والمرتفق به لمـالك واحد . ويكون ذلك بطرق مختلفة : كالبيع اذا باع مالك العقار المرتفق عقاره للآخر ، أو باع مالك العقار المرتفق به عقاره للأول ، أو باع الاثنان عقاريهما لشخص واحد . وتتحد الذمة كذلك بالميراث أو الوصية ، ويمكن أن تتحد نتيجة تخلى مالك العقار المرتفق به لمـالك العقار المرتفق عن عقاره فى مقابل تخلصه من الالتزام العينى بالنفقـات فتتحـد الذمة فى شخص مالك العقـار المرتفق(٢٤) .

١٧٠ ــ خامسا : التقادم المسـقط : يقع ذلك فى العقارات غير المحفظة . فاذا مرت مدة سقوط الحق بالتقادم دون أن يسـتعمله مالك العقار المرتفق فال حقه . أما فى العقارات المحفظة فيمنع من ذلك السقوط الفصل ٦٣ من تشريع التحفيظ العقارى (٢٥) .

١٧١ ــ سادسا : استحالة الاستعمال : هذه هى الحالة الوحيدة التى ذكرها المشرع المغربى من بين طرق الانقضاء فكل طرق انقضـاء الارتفاق تستمد من القواعد العامة ، عدا هذه الحالة ، حيث ورد النص

---

(٢٣) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٥١٩ ــ ص ١٣٩١ ــ ص ١٣٩٢ ، ديكرو : فقرة ٥٩١ ــ ص ٣٧٤

(٢٤) ديكرو : فقرة ٥٨٧ ــ ص ٣٧٣

(٢٥) ديكرو : فقرة ٥٨٥ ــ ص ٣٧٢ .

عليها فى الفصل ١٥٣ من تشريع العقارات المحفظة الذى يقول : « تنقضى الارتفاقات عندما تصير الأشياء فى حالة لا يمكن معها استعمالها » . ويقابل هذا النص المادة ١٠٢٨ مدنى مصرى التى تقول :

١ — « ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق .

٢ — ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال[٢٦]» .

ومن هذه النصوص يتضح انه اذا بقى العقاران ولكن لم يعد استعمال الارتفاق ممكنا بل صار مستحيلا استحالة تامة ، فان الارتفاق ينقضى . وقد عبر بالانقضاء والانتهاء المشرعان المغربى والمصرى . ولكن الفقه المصرى يقرر أن الوضع هنا ليس انقضاء تاما ، وانما هو وقف استعمال حق الارتفاق فاذا صار فيما بعد ممكنا استعماله بدأ استعماله الا اذا كان قد انقضى بمضى مدة التقادم المسقط [٢٧] وهذا هو ما قرره

---

(٢٦) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . ما يلى من النصوص :

- فى القانون الليبى : المادة ١٠٣١ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى : المادة ١٢٨٣ مدنى موافقة .
- فى القانونين السورى واللبنانى : تنص المادة ٣/٩٩٣ مدنى سورى على أنه : « يحق للقاضى ان يأمر بالترقين اذا كان الارتفاق غير مجد أو غير ممكن الانقاذ » . وهذا النص مأخوذ عن المادة ٩٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ومطابق له . انظر السنهورى : جـ ٩ — ص ١٣٩٩ — هامش ٢ .

(٢٧) السنهورى : جـ ٩ — فقرة ٦٢٢ — ص ١٤٠٠

النص المصرى المتقدم . أما النص المغربى فلم يقرر ذلك وانما أسقط حق الارتفاق نهائيا والى غير رجعة فى هـذه الحالة (٢٨) . ويعتبر من قبيل عدم امكان الاستعمال أن يكون ثمة حق مرور ثم ينحبس العقار المرتفق به عن الطريق العام ، لا يعود ممكنا الوصول اليه بواسطة المرور .

١٧٢ ـ سابعا : تحقق الشرط الفاسـخ : اذا كان حق الارتفاق معلقا على شرط فاسخ ، ثم تحقق هذا الشرط ، فان الارتفـاق يزول ، ولكن لا يمكن أن يكون زواله فى هذه الحالة بأثر رجعى . واذا كانت ملكية مالك العقار المرتفق به معلقة على شرط فاسـخ . ثم تحقق ، فان الملكية تزول عنه بأثر رجعى ولا تكون له ولاية فى ترتيب الارتفاق الذى رتبه فيزول الارتفاق مع زوال الملكية . ولكن بالعكس اذا كانت ملكية العقار المرتفق هى التى زالت بأثر رجعى لكونها معلقة على شرط فاسخ فان الارتفاق لا يزول لأنه يدخل فى أعمال الادارة الحسنة التى يجريهـا لفائدة العقار فيبقى الارتفاق بعد زوال ملكيته (٢٩) .

١٧٣ ـ شطب تسـجيل حق الارتفاق : كأى حق من الحقوق العينية العقـارية ، يتعين طبقا للفصـل ٦٥ من تشريع العقارات المحفظة

---

(٢٨) يرى البعض رغم ذلك ان الارتفاق يعود اذا امكن اسـتخدامه نتيجة ظروف جديدة ، لان الارتفاق لا يسقط ولا يزول ما دام مسجلا (ديكرو : فقرة ٥٨٩ ـ ص ٣٧٣) ولكننا نرى ان مالك العقار المرتفق به يستطيع ان يطلب شطب الارتفاق استنادا الى الفصل ١٥٣ (عقارات محفظة) خاصة وان هذا النص لا يسمح بعودة الارتفاق بعد ذلك .

(٢٩) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٦٢٤ ـ ص ١٤٠٣ ـ ص ١٤٠٤

تسجيل كل عمل أو اتفاق أو حكم أو محضر يترتب عليه اسقاط حق عقارى • وكذا طبقا للفصل ٩١ من نفس التشريع يمكن شطب التسجيل السابق اذا انقضى حق الارتفاق • وبغير هذا الاجراء لا يزول هذا الحق على أن الارتفاق الذى يجب تسجيله ويجوز عند الانقضاء شطبه هو الارتفاق الذى ينشأ من الاتفاق ، أما طائفة الارتفاقات الطبيعية والقانونية والتى مر بنا أنها سميت خطأ بأنها ارتفاقات فهذه لا تسجل عند نشوئها وبالتالى لا شطب عند انقضائها . فهى ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق كما سبق أن أوضحنا •

الفصل الرابع

حق الكراء طويل الأمد

١٧٤ ـ عالج المشرع المغربى أحكام الاجارة طويلة الأمد ، أو كما تسمى بالفرنسية الا مفتوز l'emphytéose فى الفصول من ٨٧، الى ٩٦ من التشريع المطبق على العقارات المحفظة • وهذا الحق ليس له نظير فى التشريع المصرى ولكن يوجد نظيره فى التشريع الفرنسى •

١٧٥ ـ طبيعة الكراء : تعتبر الاجارة طويلة الأمد من الحقوق العينية الأصلية ، خلافا لحق المستأجر العادى اذ يعتبر حقه شخصيا •

ولا شك فى أن اضفاء صفة العينية على حق المكترى من شأنه أن يفيده من عدة نواح ، أهمها أنه يستطيع أن يرهن حقه المذكور رهنا رسميا فيحصل بذلك على ما يحتاج اليه من الائتمان ، خاصة الائتمان طويل الأجل • وهذا لا يتيسر للمستأجر العادى الذى يتمتع بحق شخصى فقط •

والكراء طويل الأمد يرد على العقارات من أرض ومبان ولا يرد على المنقول الا أن يكون عقارا بالتخصيص •

وقد حدد الفصل ١/٨٧ من تشريع العقارات المحفظة طبيعة هذا الكراء كما أوضحناها بقوله : « ان الكراء الطويل الأمد للأموال الثابتة يخول للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسمى ، ويمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة فى الحجز العقارى[1] » •

---

(١) هذا النص مطابق للمادة ١/٩٣٧ من التقنين الزراعى الفرنسى •

١٧٦ ــ مدة الكراء : حدد الفصل ٨٧/٢ من تشريع العقارات المحفظة هذه المدة بحد أدنى هو أن تكون أكثر من ١٨ سنة ، وحدد لها حدا أقصى هو ألا تزيد عن ٩٩ سنة ولا يجوز تجديده تجديدا ضمنيا لمدة مماثلة وانما يجب أن يكون التجديد صريحا . فيقول النص آنف الذكر : « يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق ثماني عشرة سنة دون أن تتجاوز تسعة وتسعين سنة ولا يمكن تمديده بالتجديد الضمني[٢] » .

١٧٧ ــ انعقاد الكراء : ينعقد الكراء طويل الأمد بتوافر الأركان العامة للعقد : الرضى والأهلية والعمل والسبب . والأهلية المتطلبة هي أهلية التصرف أو التفويت . واذا كان العقار ملكا لقاصر أو محجور فيمكن اكراؤه بناء على مداولة مجلس العائلة أو كل سلطة تقوم مقامه ، وبعد المصادقة عليها من طرف المحكمة (الفصل ٨٨/١ و ٢) ، ويضيف الفصل ٨٨ من تشريع العقارات المحفظة في فقرته الأخيرة حالة قيام الزوج برضى زوجته وباذن المحكمة بأن يكرى العقارات المهربة المملوكة للزوجة، ولكن هذا ينطبق على غير المسلمين لأن الزوجة المسلمة لا تحتاج الى مشاركة الزوج في ادارة أموالها بل لها وحدها كل الحق الادارة والتصرف دون تدخل من الزوج [٣] .

ويتم اثبات عقد الكراء طويل الأمد طبقا للقواعد الواردة في تقنين الالتزامات والعقود (الفصل ٨٩) وهذه القواعد تشترط الاثبات بالكتابة ، فالفصل ٦٢٩ من تقنين الالتزامات والعقود يقضي بأنه : « ... يلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة اذا عقدت

---

(٢) هذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ من التقنين الزراعي الفرنسي .

(٣) الكزبري : ص ١٧٠

لأكثر من سنة ، فان لم يوجد محرر مكتوب اعتبر الكراء قد أجرى لمدة غير معينة » .. على أن الكتابة ضرورية ولازمة من ناحية أخرى لأن حق الكراء طويل الأمد لا ينشأ فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بتسجيله فى السجل العقارى ، وهذا التسجيل لا يمكن اجراؤه الا اذا كان العقد مكتوبا وموقعا عليه .

١٧٨ — حقوق المكترى : يكسب المكترى حقا عينيا على العقار وبمقتضى هذا الحق يكون له استعمال العقار واستغلاله كما يفعل المنتفع، غير أن سلطات المكترى هنا أوسع من سلطات المنتفع . فالمنتفع لايستطيع أن يرتب حق ارتفاق على العقار أو لفائدته ، أما المكترى فيملك أن يرتب حقوق الارتفاق للعقار أو عليه لمدة لا تجاوز الاجارة المعقود عليها ، وقد نص على ذلك الفصل ٩٥ من تشريع العقارات المحفظة اذ يقول : « ويمكن للمكترى أن يكتسب لصالح الملك حقوق ارتفاق وأن يرتب عليه ببند حقوق ارتفاق للغير لزمن لا يتجاوز مدة الكراء الطويل الأمد على شرط أن يخبر المالك بذلك » . واذا كانت هناك ارتفاقات موجودة من قبل لفائدة العقار فهو يستفيد بها لقول الفصل ٩٦ من تشريع العقارات المحفظة : « يستفيد المكترى من الارتفاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد » . وغنى عن البيان أن الارتفاقات التى تثقل العقار يتحمل بها ويتقيد فى استعماله واستغلاله بعدم المساس بها .

وحق المكترى أصلب بقاء من حق المنتفع ، فالمنتفع ينتهى حقه بانتهاء مدته أو بوفاته ان مات قبلها . أما الكراء طويل الأمد فيورث وينتقل الى ورثة المكترى ليتموه الى مدته [٤] .

---

(٤) مازو : فقرة ١٦٩٦ — ص ١٣٠٢

ويستطيع المكترى أن يكرى حقه الى مستأجر آخر ، وأن يرتب على حقه حق انتفاع وأن يرتب عليه حق الاستعمال وحق السكنى ولكن بحيث لا تجاوز هذه الحقوق مدة حقه ، ويستطيع أن يرهن حقه [٥] .

ولا يتقيد المكترى بطريقة استغلال العقار ، فيستطيع أن يغير من طريقة زراعته ان كان أرضا ، ويستطيع أن يحدث فيه منشآت جديدة ، وأن يغير من تخصيصه ، وهو يستفيد من كل ما يلتصق بالعقار[٦] .

وللمكترى أن يحمى حقه بدعاوى الحيازة [٧] .

١٧٩ ـ واجبات المكترى : يلتزم المكترى بأن يدفع الأجرة المتفق عليها وعادة ما تكون أجرة قليلة القيمة ويرجع ذلك الى سبب تاريخى وسبب حالى . أما السبب التاريخى فهو أن الكراء طويل الأمد كان معروفا من عهد الرومان ، وكان ملاك الأراضى يعهدون بمساحات كبيرة الى المكترى لمدة طويلة حتى يمكن أن يقيم فيها زراعة ثابتة ويفلحها بعناية خاصة ، وقد يقيم فيها أشجارا لا تثمر الا بعد مدة طويلة لذلك كان الايجار عادة زهيد القيمة . ومن فكرة الكراء طويل الأمد وجد فقهاء العصور الوسطى المبرر لفكرتى الملكية الشرفية والملكية الفعلية[٨] .

وأما السبب الحالى ، فهو أن المكترى يلتزم الى جانب الأجرة بكل تكاليف العقار من اصلاحات وضرائب ، وهذا الالتزام يكون أحيانا ثقيل

---

(٥) ديكرو : فقرة ٤٩٦ ـ ص ٣٣٤

(٦) مازو : فقرة ١٦٩٥ ـ ص ١٣٠١ ـ ص ١٣٠٢ ، ديكرو فقرة ٤٩٦ ـ ص ٣٣٥

(٧) مازو فقرة ١٦٩٦ ـ ص ١٣٠٢

(٨) مازو . فقرة ١٦٩٣ ـ ص ١٣٠١

الوطأة ، فكانت لذلك الأجرة قليلة [٩] • وقد نص على تحمل المكترى بهذه الالتزامات الفصل ٩٤ من تشريع العقارات المحفظة اذ ينص على : « أن المكترى ملزم بجميع التكاليف والتحمـلات التى على العقـار • وفيما يخص البنايات الموجودة حين الكراء والبنايات التى شيدت تنفيذا للاتفاق يكون المكترى ملزما بالاصلاحات أيا كان نوعها • غير أنه ليس عليه اعادة البنايات اذا أثبت أن سبب انهيارها راجع لحادث فجائى أو قوة قاهرة أو أنها هلكت نتيجة عيب بالبناء السابق على عقد الكراء الطويل الأمد » •

ويظل المكترى ملتزما بالأجرة حتى ولو لم يستطع أن يفلح الأرض أو وجدها تالفة جزئيا ، أو هلك الزرع هلاكا كليا بقوة قاهرة • فلايكون للمكترى أن يتمسك باعفائه من الأجرة كما يفعـل المكترى فى عقـود الكراء الفلاحية المنصوص عليها فى تقنين الالتزامات والعقود حيث يعفى هذا الأخير من الأجرة (أو يستردها ان كان قد سبقها) عند هلاك زرعه أو وجود قوة قاهرة حالت بينه وبين حرث الأرض أو زرعها • (الفصول ٧٠٩ و ٧١٠ التزامات وعقود) وقد نص على عدم اعفاء المكترى كراء طويل الأمد من الأجرة الفصل ٩٠ من تشريع العقارات المحفظة الذىيقضى بأنه : « لا يمكن للمكترى أن يطلب التخفيض من واجبات الكراء بحجة تلف الملك جزئيا أو بحجة قحط أو حرمان من كل محصول نتيجة حادث فجائى » •

ولمـا كانت عقود الكراء الفلاحية قريبة الشـبه بالكراء طويل الأمد من حيث مدتها فهى تبرم لمدة طويلة من الممكن أن تصل الى أربعين سنة ، بل ويمكن أن تزيد عن ٤٠ سنة ويكون لكل من الطرفين فسخها

---

(٩) ديكرو : فقرة ٤٩٧ — ص ٣٣٥

فى نهاية الأربعين سنة (الفصل ٧٠١ التزامات وعقود) • فقد يدعى المكترى فى هذه الحالة أن عقده من عقو الكراء الفلاحية حتى يستفيد بالاعفاء من الأجرة ومن تكاليف العقار ويستفيد بالتجديد الضمنى • وبالعكس قد يدعى أن عقده كراء طويل الأمد عندما تكون له مصلحة فى ذلك ، كأن يستفيد بحق تغيير الاستغلال أو بحق الصيد فى العين المؤجرة أو بحق الاستفادة من الزيادات التى تطرأ على الشيء وهى حقوق لا يتمتع بها المكترى الفلاحى طبقا للفصول ٧٠٤ و ٧٠٥ و ٧٠٦ من تقنين الالتزامات والعقود • لذلك فان تحديد طبيعة العقد : هل هو عقد كراء فلاحى • أم عقد كراء طويل الأمد مسألة ذات أهمية كبيرة لخطورة النتائج التى تترتب عليها كما رأينا •

وللتمييز بين هذين العقدين نبرز الفروق التالية :

١ ــ حق المكترى الفلاحى حق شخصى ، أما المكترى لأمد طويل فحقه عينى •

٢ ــ حق المكترى الفلاحى لا يسجل الا اذا زادت مدته عن ثلاث سنوات ، ولا ينشأ حقه الا بالتسجيل •

٣ ــ حقوق والتزامات كل من الطرفين كما وردت فى العقد يمكن أن تدلنا على طبيعة العقد •

وأخيرا يلتزم المكترى لأمد طويل بألا يحدث أى تغيير فى العقار ينقص من قيمته (الفصل ١/٩٣ من تشرتع العقارات المحفظة) •

١٨٠ ــ الجزاء على مخالفة واجبات المكترى : اذا لم يؤد المكترى كراء طويل الأمد والأجرة مدة سنتين متتاليتين يوجه اليه المكرى انذارا،

فاذا لم يؤدها رغم الإنذار جاز للمكترى أن يطلب الى المحكمة فسخ العقد ، ويستتبع ذلك طرد المكترى من العين (الفصل ١/٩١ من تشريع العقارات المحفظة) .

واذا لم يقم المكترى بتنفيذ شروط العقد كلها أو بعضها . أوألحق بالعقار أضرارا جسيمة ، كان للمكرى أن يطلب فسخ العقد كذلك (الفصل ٢/٩١ من تشريع العقارات المحفظة) .

ولكن يجوز للمحكمة اذا رأت أن امهال المكترى بعض الوقت يمكنه من أداء الأجرة ، أو أنه سيقوم باصلاح الأضرار التى ترتبت للعقار أو أنه مستعد لدفع التعويض المناسب للمالك ، كان للمحكمة أن تمنحه أجلا لتنفيذ ذلك . (الفصل ٣/٩١ من تشريع العقار المحفظة) .

والتزامات المكترى كراء طويل الأمد لا يغنى عن أدائها تخليه عن العقار (الفصل ٩٢ عقارات محفظة) .

واذا كان المكترى قد زاد فى البناء تحسينا أو منشآت زادت من قيمته ، فليس له ازالتها ، ولا المطالبة بقيمتها أو تعويض عنها (الفصل ٢/٩٣ عقارات محفظة) .

١٨١ ــ انقضاء الكراء طويل الأمد : ينقضى الكراء طويل الأمد بانتهاء مدته وبهلاك العقار كأن يكون دارا فتنهار ، وبحكم من القضاء اذا أساء المكترى استخدامه وأضر بالمالك ضررا جسيما أو لم يقم بسداد الأجرة ففسخت المحكمة العقد .

ويمكن بمقتضى الحكم القضائى شطب تسجيل حق الكراء طويل الأمد . أما الانقضاء بانتهاء المدة فيكفى للشطب فيه طلب المالك ، وحتى اذا بقى التسجيل بعد انتهاء المدة فليس من شأنه أن يوجد للمكترى حقا بعد زواله .

ولكن تثور مشكلة اذا كان المكترى قد أجر العقار للغير أو رتب عليه حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى ، وذلك بعد صدور الحكم القضائى ضده . فهل يتعين فى هذه الحالة اعمال مقتضى الحكم القضائى الذى لم يتم الشطب على مقتضاه أم يتعين حماية المستأجر أو المنتفع ؟

نرى فى هذه الحالة أن الحكم القضائى تقتصر حجيته على أطراف النزاع الذى صدر بشأنه الحكم . ومن ناحية أخرى يجب حماية المستأجر أو المنتفع طالما كان حسن النية ، أى لم يعلم بصدور الحكم القضائى عندما أبرم العقد . أما اذا كان سىء النية فليس له أن يتمسك بحقه قبل المالك الأصلى . ويبقى بعد ذلك أن المكترى كراء طويل الأمد وهو بلا جدال سيىء النية فيما أبرمه من عقد ، يكون من حق المالك أن يرجع عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة أعماله .

الفصل الخامس

حق السطحية

١٨٢ ــ عالج المشرع المغربى حق السطحية فى الفصول ٩٧ الى ٩٩ من تشريع العقارات المحفظة ، وهذه هى نصوصها :

الفصل ٩٧ : « ان حق السطحية حق عينى عقارى قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير » .

الفصل ٩٨ : « ان من له حق السطحية يمكنه فى أى وقت كان أن يفوته وأن يرهنه رهنا رسميا . ــ ويمكنه أن يرتب على الأموال التى هى موضوع حقه حقوق الارتفاق ولكن فى الحدود التى يجوز له فيها مباشرة هذا الحق » .

الفصل ٩٩ : « ينقضى حق السطحية :

أولا ــ باتحاده مع حق الملكية فى شخص واحد .

ثانيا ــ بتلف الملك » .

١٨٣ ــ حق السطحية يعتبر من الحقوق العينية الأصلية فيخضع للتسجيل فى السجل العقارى عندما يتعلق بعقار محفظ وهو ينصب على ما فوق الأرض من أشجار أو زروع أو منشآت ، فتكون ملكيتها لصاحب حق السطحية ، ولو أن الفصل ٩٧ ينص على أن له حيازتها ولم يقل ملكيتها . ولعل المشرع المغربى قد نظر فى ذلك الى أن الملكية لا يمكن أن تكون الا دائمة ، والسطحية يتصور فيها أن تزول بطرق مختلفة . على أن الحيازة وحدها من ناحية أخرى ليست حقا يمكن رهنه والتصرف

فيه ، بل هى سبب من أسباب اكتساب الحق وليست هى فى ذاتها الحق.
ومن هنا تجد صعوبة رد حق السطحية الى صورة الملكية أو الى صورة
الحيازة ، ويمكن القول انه صورة متميزة عن صور الحقوق العينية
الأخرى يستند وجوده الى نص حدد مضمونه دون طبيعته .

وحق السطحية يمكن أن ينصب على كل ما فوق الأرض من منشآت
وأغراس فيكون حق سطحية كامل . ويمكن أن ينصب على عقارات
معينة فوق الأرض كعدد من الأشجار ، أو مبنى محدد فيكون حق
سطحية جزئى[1] . وحق السطحية الكامل يستغرق معظم الاستعمال
والانتفاع الخاص بحق الملكية بحيث لا يبقى للمالك الا استعمال واستغلال
ما فى باطن الأرض فى حدود القوانين الخاصة به . ويتملك الكنز الذى قد
يظهر فى الأرض[2] .

١٨٤ ــ ويكتسب حق السطحية بالاتفاق[3] ، أو بالوصية
أما التقادم فلا يكون فى العقارات المحفظة[4] ، وانما يكتسب حق السطحية
بالتقادم المكسب على العقارات الملك وحدها . على أن من يتمسك بالتقادم
لا يقنع عادة بالسطحية اذ أمامه فرصة ادعاء الملكية كاملة .

١٨٥ ــ وينقضى حق السطحية بانتهاء المدة المتفق عليها ان كانت
هناك مدة ، كما ينتهى باتحاد الذمة فى شخص المالك أو فى شخص صاحب

---

(١) الكزبرى : ص ١٤٣

(٢) ديكرو : فقرة ٥٠٥ ــ ص ٣٣٩

(٣) يسمى حق السطحية فى القانون المصرى بحق الحكر ، وقد الغاه التقنين المدنى الحالى ويقتصر الآن على العقارات الموقوفة (الأحباس) .

(٤) قارن : الكزبرى : ص ١٤٤ حيث لا يفرق بين العقارات المحفظة والملك .

حق السطحية . وينقضى أخيرا بهلاك الأبنية والأغراس أو بتعبير القانون: بتلف الملك .

واذا لم تحدد للسطحية مدة ، فليست هناك وسيلة لانهاء هـذا الحق ، ولو كان قد نشأ بطريق الاتفاق ، لأنه حق عينى لا شخصى .وهذه هى أخطر مساوىء نظام حق السطحية ، لأنه يجعل حق الملكية ذاته عقيما تماما ، ولا يفيد المـالك فى شىء .وكان الأولى تحديد مدة لحق السطحية كما تفعل بعض القوانين الأخرى كالقانون البلجيكى (٥٠ سنة[٥]) .

ولكى يمكن الحد من مساوىء دوام حق السطحية ، نرى أن يفسر بقاؤه تفسيرا ضيقا بقدر الامكان . فمثلا اذا كانت الأغراس أو المنشآت قد هلت أو تهدمت بسبب القدم ، فانه لا يجوز لصاحب حق السطحية اقامة غيرها بل ينتهى بذلك حقه ، حتى يمكن أن تعود الملكية فى يد المالك كاملة ، والقول بغير ذلك ينشىء وضعا غريبا ، تبقى فيه الملكية الفعلية لصالح صاحب حق السطحية ، والملكية الاسمية فقط للمالك ، وتعتبر ملكية مقضيا عليها بالفناء من الناحية الواقعية .

---

(٥) ديكرو : فقرة ٥٠٢ ـ ص ٣٣٥

الفصل السادس

الحقوق العرفية الاسلامية

١٨٦ — رأينا من قبل أن الفصل الثامن من تشريع العقارات المحفظة المغربي قد عدد العقارات بحسب المحل الذى تنسحب عليه ، وفى الفقرة العاشرة من هذا النص ذكر : « الحقوق الاسلامية كالجزاء والاستيجار والجلسة والزينة والهواء » ، ولم يعرف المشرع كلا من هذه الحقوق ، ولم يضع لها أحكاما خاصة ، وانما اكتفى بأن أبقاها خاضعة للقواعد التى تحكمها مستمدة من العرف ، فقال فى الفصل ١٩٧ من التشريع المشار اليه : « ان الحقوق الاسلامية المشار اليها فى الفقرة العاشرة من الفصل ٨ من هذا المرسوم الملكى تبقى خاضعة للقواعد التى تحكمها » .

١٨٧ — مصدر الحقوق العرفية الاسلامية : هذه الحقوق نشأت نشأة عرفية بواسطة الحيازة أو بواسطة ما يمنحه الحاكم منها اذا كانت واردة على ممتلكات خاصة للدولة[1] .

ولكن هذه الحقوق لا تنشأ على عقار محفظ الا اذا تم تسجيلها وبغير ذلك لا يحتفظ بها صاحبها . ومن ناحية أخرى فان التسجيل يمنع من سقوطها بالتقادم[2] .

١٨٨ — حق الجلسة : ويسمى الخلو أو الحلاوة أيضا . يقع عادة على المحلات التى يكون غرضها صناعيا أو تجاريا ، وهو عبارة عن تأجير

---

(١) و (٢) دبكرو فقرة ٧٠٢ — ص ٤٢٢

المحل الى شخص يقوم بتجهيزه بالمعدات اللازمة لهذه المهنة • ويمكن النزول الى الغير عن حق الجلسة بمقابل أو بغيره بين الأحياء بسبب الموت• وكثيرا ما يباع العقار لصاحب حق الجلسة فيكتسب الملكية كاملة ، ويقع ذلك بخاصة فى العقارات الموقوفة والعقارات التى تملكها الدولة وترتب عليها هذا الحق • يمكن ترتيب حق زينة على حق الجلسة وبذلك يتجزأ حق الجلسة[٣] •

١٨٩ — حق الجزاء والاستيجار : وهو يرد على نوع معين من العقارات هو الأراضى الفضاء والحقول ، وبمقتضاء يمكن لناظر الوقف أن يقوم بتأجير هذه الأرض لمن يستخدمها بزراعتها والبناء فيها • وهذا الحق كذلك قابل للنزول عنه بعوض أو بغير عوض بين الأحياء أو بسبب الموت • ويدفع المستأجر مبلغا معينا الى الحبوس[٤] •

١٩٠ — حق الزينة : يقع على أرض مملوكة ملكية خاصة للدولة حيث يقيم مستأجرها مبان أو تحسينات فيها ، فيصبح هذا التحسين حقا عينيا هو حق الزينة ، ويمكن أن يكتسب صاحب حق الزينة ملكية العقار كله ، فمثلا يقرر ظهير ٣ يوليو ١٩٣٢ السماح بنزول الدولة عن حقوقها فى أرض قصبة تارودانت الى أصحاب حقوق الزينة بها مقابل فرنك واحد لكل متر مربع • وحق الزينة قابل للنزول عنه الى الغير • وتقدر قيمة حق الزينة خاصة عند نزعه من صاحبه بخمسة فى المائة من قيمة الأرض وبالقيمة الكاملة للمنشآت المقامة عليها • وتوجد طائفة من حقوق الزينة

---

(٣) ديكرو : الفقرتان ٧٠٨ و ٧٠٩ — ص ٨٢٥

(٤) ديكرو : فقرة ٧١٠ — ٤٢٦

عاصـــة بأحياء الملاح حيث لا يحق لليهـــود تمــلك الأراضى فى الدولة الاسلامية ولذلك يسمح لهم المخزن بالاستقرار على العقارات بمنازلهم، فيكون لهم حق الزينة بهذه المنازل[٥] .

١٩١ ــ حق الهــواء : وهو الحق المقرر على عمود الهواء فوق مبنى ، خاصة فى أحياء « المدينة » ولذلك غالبا ما يقع على أملاك خاصة ، ويتمتع صاحب هذا الحق مثلا بحق اقامة محل فوق المنزل أو المحل المقرر عليه[٦] . فهو ليس ارتفاقا ، بل هو تملك لهذا الهواء . وقد نص تقنين الالتزامات والعقود على صورة من حق الهواء بقوله فى الفصل ٤٨٣ : « يقع صحيحا بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودى الذى يرتفع فوق بناء قائم فعلا ، ويسوغ للمشترى أن يبنى فيه . بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده ، ولكن لا يسوغ للمشترى أن يبع الهواء العمودى الذى يعلوه بغير رضى البائع الأصلى » .

ويذهب رأى فى تفسير الفصل ٤٨٣ من تقنين الالتزامات والعقود الى أنه يتضمن اقرار مبدأ ملكية الطبقات [٧] .

والواقع أن الفصـــل ٤٨٣ لا يتعلق بملكية الطبقات ، لأن ملكية الطبقات تقوم على ملكيتين احداهما مفرزة والأخرى شـــائعة، فهى ملكية مفرزة فى الطبقة أو الشقة : حجراتها وشرفاتها ونوافذها وما الى ذلك . وهى شائعة فى الأجزاء المشتركة كالأرض والممرات والسلم والمصاعد .

---

(٥) ديكرو : الفقرات من ٧١١ الى ٧١٧ ــ ص ٤٢٦ ــ ص ٤٢٨

(٦) ديكرو : فقرة ٧١٨ ــ ص ٧٢٨

أما الصورة الواردة فى الفصل ٤٨٣ فهى من صور حق الهواء لا ملكية الطبقات . لأن صاحب حق الهواء لا يملك شيئا من الأرض المقام عليها البناء فهو ليس شريكا على الشيوع فيها . ولا يملك شيئا من أجزاء البناء كالسلم والمصاعد والممرات . وانما يستفيد فقط بعمود الهواء الذى يعلو البناء . وهو يستفيد به باعتباره حقا عينيا مستقلا عن حق الملكية ، فهو ليس مالكا ملكية مفرزة ولا ملكية شائعة على الاطلاق . وانما هو صاحب حق عينى أصلى آخر غير حق الملكية .

الباب الثالث

اجراءات التحفيظ والتسجيل وآثارهما

١٩٢ ــ يعالج أحكام التحفيظ immatriculation والتسجيل inscription في القانون المغربي تشريع التحفيظ العقاري الصادر في التاسع من رمضان سنة ١٣٣١ هجرية (موافق ١٢ من أغسطس سنة ١٩١٣ م) . وسوف نوردها فيما يلي ببيان موجز في الفصل الأول ، ثم نبين أهم آثار التحفيظ في فصل ثان .

الفصل الأول

اجراءات تحفيظ وتسجيل العقار

١٩٣ ــ مزايا التحفيظ : يقضى القانون المشار اليه بألا يتمتع عقار بالمزايا المقررة فيه ، الا اذا كان محفظا • ويكون تحفيظه باقامة رسم للملكية مسجل بكناش عقاري livre foncier • وأهم المزايا التى يمكن أن يتمتع بها العقار المحفظ هى :

١ ــ الرسم المسجل للعقار le titre foncier يبطل ما عداه من الرسوم (الفصل الثانى من التشريع) •

٢ ــ يتطهر العقار من كل الحقوق العينية الأصلية والتبعية التى كانت تثقله من قبل ، ما دامت لم تسجل فى الكناش (السجل) العقاري[١] (الفصل الثانى) •

٣ ــ لا يمكن أن يجرى التقادم المكسب لصالح الغير ضد المالك المسجل فى السجل العقاري ، ولا يسقط حقه لعدم الاستعمال بالتقادم المسقط (الفصل ٦٣) •

١٩٤ ــ التحفيظ الاختيارى والاجبارى : الأصل ان التحفيظ أمر اختيارى ، فمالك العقار له الحق فى أن يطلب تحفيظه أو أن يمتنع عن

---

(١) السجل العقاري ليس فى الحقيقة دفترا يتم القيد فيه ، وانما يتم تجميع الرسوم العقارية ومن تجميعها يتكون السجل العقاري . ولذلك لا تسلم الرسوم العقارية الى الملاك ، او أصحاب الحقوق العينية وانما تسلم لهم نسخة منها duplicata .

انظر : ديكرو : الفقرتان ١٤٠ و ١٥١ ــ ص ٨٧

ذلك . ولكنه متى طلب التحفيظ فلا يسمح له بسحب هذا الطلب بعد ذلك (الفصل ٦) .

ورغم ان هذا هو الأصل ، الا أن المشرع ، حرصا منه على التحفيظ لأكبر قدر ممكن من العقارات يجعل أحيانا التحفيظ اجباريا . ومن ذلك:

١ ــ حالة تصرف الدولة فى أملاكها أو التصرف فى عقارات محبسة تحبيسا عموميا . فيجب عند وقوع هذا التصرف أن يتم تحفيظ العقار .

٢ ــ اذا اتخذت اجراءات الحجز العقارى على عقار من العقارات الملك (غير المحفظة) ، أمرت المحكمة بتحفيظ هذا العقار (الفصل ٨) ، لأن اجراءات الحجز العقارى تقتضى أن يكون العقار محفظا ، لكى يتم التأشير فى السجل العقارى بالاجراءات التى تتخذ عليه .

١٩٥ ــ من له أن يطلب التحفيظ : يقبل طلب التحفيظ من :

١ ــ المالك .

٢ ــ الشريك فى الملك الذى يتعين عليه أن يبين أسماء شركائه . ويجب الاحتفاظ بحق الشفعة لشركائه ان توافرت شروطها .

٣ ــ المنتفع صاحب حق الانتفاع .

٤ ــ صاحب حق الاستعمال والسكنى .

٥ ــ المستأجر فى الاجارة الطويلة الأمد[٢] .

---

(١) يرى البعض انه لا يتصور ان ينشأ حق اجارة طويلة الأمد على عقار غير محفظ ، وكذا حق الاستعمال وحق السكنى لا يردان على العقارات غير المحفظة .

انظر : ديكرو : ص ٥٧ هامش رقم ١

٦ ــ الدائن المرتهن رهنا حيازيا أو رسميا ، ولو بعد صدور حكم لصاحبه ضد مدينه • وكذا الدائن الحاجز على العقار •

٧ ــ من له حق من الحقوق العرفية الاسلامية •

٨ ــ صاحب حق الارتفاق •

٩ ــ الحاجز بالنسبة الى حقوق المحجوز •

(الفصول ١٠ ، ١١ ، ١٢ من تشريع التحفيظ العقارى) •

١٩٦ ــ طلب التحفيظ : يطلب التحفيظ عن طريق كتابة تصريح من الطالب يبين فيه ما يلى :

أولا : الاسم العائلى والشخصى والصفة ومحل السكنى والحالة المدنيــة والجنســية ، وان اقتضى الحال اســم الزوج والنظام المــالى للزوجية • ويتضمن التصريح فى حالة الملكية الشائعة نفس هذه البيانات بالنسبة لكل شريك مع بيان نصيب كل واحد منهم •

ثانيا : تعيين موطن مختار فى دائرة المحافظة العقارية الموجود بهــا الملك اذا لم يكن للطالب موطن فيها(٣) •

ثالثا : وصف العقار المطلوب تحفيظه وبيــان البناءات والأشجار الموجودة به ومشمولاته ووعه وموقعه ومســاحته وحدوده والأملاك المتصلة والمجاورة له ، ان اقتضى الحال الاسم الذى عرف به •

---

(٣) يوجــــد فى دائرة كل محكمة اقليمية محافظ للاملاك العقارية والرهن الرسمى يكلف بمســك الســجل العقارى الخاص بدائرة المحكمة وبالقيام بالاجراءات والمساطر المقررة فى شأن التحفيظ العقارى (الفصل ٩ من تشريع التحفيظ العقارى) •

رابعا : بيان انه يملك الكل أو البعض مباشرة أو عن طريق الغير ـ وفيما اذا انتزع منه الملك يشير الى الظروف والحالات التى تم فيها الانتزاع •

خامسا : تقدير قيمة العقار فى حالة البيع وفى حالة الكراء •

سادسا : تفصيل الحقوق العينية العقارية المقررة على العقار مع التنصيص على أصحاب هذه الحقوق وذكر أسمائهم العائلية والشخصية وصفاتهم وعناوينهم وحالتهم المدنية وجنسيتهم واذا اقتضى الحال اسم الزوج ونوع نظام الزوجية المالى •

سابعا : بيان مصدر الحقوق المصرح بها •

ثامنا : توقيع طالب التحفيظ : فان كان يجهل الكتابة يسجل المحافظ هذه الواقعة ويشهد بأن طلب التحفيظ قدم اليه من قبل الطالب بعد أن تحقق من هويته (٤) • ويعطى المحافظ أو وكيله المفوض بوكالة خاصة وصلا الى مقدم الطلب يفيد استلامه اياه (الفصل ١٣) •

١٩٧ ــ مستندات التحفيظ : ويشفع الطالب تصريحه بجميع رسوم التملك والعقود والوثائق العامة والخاصة وكل المستندات ، التى من شأنها أن تعرف بالحقوق العينية المقررة على العقار وتترجم هذه المستندات اذا اقتضى الأمر بكاملها بواسطة تراجمة المحافظة المحلفين • وقد تتم الترجمة بواسطة مترجم محلف من غير تراجمة المحافظة ، فاذا لم يطمئن المحافظ الى هذه الترجمة كان له أن يطلب الى تراجمة المحافظة مراجعتها • ويمكن لتراجمة المحافظة أن يترجموا موجزا للوثائق ،

---

(٤) نرى أنه لا يوجد قانونا ما يمنع المحافظ من أن يحصل على بصمة أصبع الطالب الذى لا يعرف القراءة والكتابة ، وهى أقوى دلالة من التوقيع بالكتابة لأن البصمات لا تتشابه .

فان رأى المحافظ أو رأت المحكمة بعد ذلك وجوبا لترجمة كاملة طلبت اليهم ذلك (الفصل ١٤) .

واذا كانت الوثائق المطلوبة فى حيازة الغير واستند اليها الطالب على المحافظ أن يأمر الحائزين لها بأن يودعوها لدى المحافظة مقابل وصل خلال ثمانية أيام مضافا اليها ميعاد المسافة . وللمحافظ أن يعطيهم نسخا منها مشهودا بمطابقتها للأصل بناء على طلبهم ولكن على نفقة طالب التحفيظ . ويودع طالب التحفيظ قدرا من المال يساوى المبلغ المقدر لمصاريف التسجيل ، كما يحددها قرار خاص (الفصل ١٥) .

١٩٨ ــ التحفيظ الجماعى : يمكن لمجموعة من الملاك لعقارات متجاورة أو لعقارات لا يفصل بينها سوى فواصل من الملك العمومى ، أن يتفقوا على تحفيظ عقاراتهم فى وقت واحد فتحرر مطالب التحفيظ فى الصيغة العادية وتوضح فيها البيانات المطلوبة فى الفصل ١٣ بالنسبة الى كل منهم أو لكل مجموعة منهم وترفق بطلب موحد موقع منهم جميعا أو ممن يعرفون الكتابة من بينهم . ويراعى المحافظ أن تسير الاجراءات بالنسبة الى هذه المجموعة سويا ، فتجرى الاعلانات بالنسبة لهم جميعا فى وقت واحد . ويجرى التحديد والتحقيق والبحث والتنقل بالنسبة للجميع فى وقت واحد (الفصل ١٦) . بمفهوم المخالفة لهذا النص لا يجوز تحفيظ عقارى تحفيظا جماعيا اذا كان يفصلهما ملك لأحد الأفراد .

١٩٩ ــ التحديد المؤقت : فى خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم طلب التحفيظ يقوم المحافظ بتحرير ملخص للطلب وتحرير اعلان يبين فيه اليوم والساعة اللذين يتعين أن يجرى فيهما التحديد المؤقت (الفصل١٧) وهذا التحديد يقصد منه استكشاف ما اذا كانت هناك حقوق للغير أغفلها طالب التحفيظ فيتقدم صاحب المصلحة باعتراضه فى الوقت المناسب

قبل أن يتم التحفيظ ويصبح نهائيا . ولذلك فان المحافظ يقوم بنشر الملخص والاعلان فى الجريدة الرسمية ، ويبعث بنسخ منها الى المسدد – القائد – قاضى التوثيق للدائرة الموجود بها العقار الجارى تحفيظه . ويقوم هؤلاء بتعليقها كل فيما يخصه فى أماكن محكمة السدد ومكتب القائد ومركز قاضى التوثيق ، ويبقونها كذلك معروضة على أنظار العموم الى اليوم المعين للتحديد . وفى نهاية هذا اليوم يردونها الى المحافظة مصحوبة بشهادة تثبت تعليقها ويقوم القائد باشهار الملخص والاعلان فى أسواق دائرته كل أسبوع الى يوم التحديد ، ويوجه الى المحافظة العقارية شهادة مفصلة بعدد ومكان الاشهارات التى تم انجازها (الفصل ١٨) .

وفى الموعد المحدد يحضر محافظ الأملاك العقارية أو نائب عنه يقوم بالتحديد بمساعدة مهندس محلف من مصلحة المسح والتصميم وبحضور الطالب أو وكيله (بوكالة خاصة) . ويستدعيه المحافظ ان لم يكن حاضرا ويستدعى كذلك المالك اذا كان شخصا غير طالب التحفيظ ، وأصحاب الأملاك المجاورة المذكورين فى طلب التحفيظ . وقد يعترض أشخاص يتمسكون بحقوق لهم على العقار وهؤلاء يجب أن يستدعيهم المحافظ أيضا (الفصل ١٩) . ويقوم المحافظ بالاستفسار من الطالب ومن تم استدعاؤهم عن ملاحظاتهم وأوجه النزاع بينهم . ويحقق واقع الحيازة ومدتها وحالة العقار ثم يرسم المهندس خريطة موجزة تسمى خريطة التحديد المؤقت ويضع العلامات لتحديد الدائرة التى عينها طالب التحفيظ ولضبط القطع التى تكون محل نزاع (الفصل ٢٠) . ويقوم المحافظ أو نائبه بتحرير محضر التحديد المؤقت مبينا فيه ساعة اجرائه وأسماء وصفات وعناوين الحاضرين ، والأحداث التى وقعت أثناء التحديد وأقوال الأطراف ، وتحقيقات البحث ومميزات العقار (الربى والوهاد والممرات والطرق والغدران ومجارى المياه وكل توابع الملك العمومى والبناءات

والآبار والمطامر والسواقي والعروس والزراعات مع بيان أسماء المتعرضين عند الاقتضاء والمقابر والأضرحة وغير ذلك ويبين الانصاب وعددها ودلالاتها) . والوثائق التى تقدم بها الأطراف . والاتفاقات التى تمت بينهم أثناء التحديد . ويوقع المحضر بواسطة المحافظ أو نائبه والمهندس وكل الأطراف الذين يعرفون الكتابة . وترفق بالمحضر خريطة التحديد المؤقت والوثائق التى أدلى بها الأطراف وتحور بها قائمة . (الفصل ٢١).

واذا لم يحضر طالب التحفيظ لا تسير الاجراءات . وانما يبين فى المحضر واقعة غيابه فقط (الفصل ٢٣) . وبذلك يعتبر طلب التحفيظ ملغيا ويحفظ ملف الاجراءات . أما اذا تمت عمليات التحديد فان المحافظ يقوم بنشر وتعليق اعلان ينص على أن التعرضات على التحفيظ تقدم الى المحافظة العقارية والى كتابة المحكمة أو الى مكتب القائد أو الى مركز قاضى التوثيق خلال شهرين من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية . وبانتهاء الأجل يمكن أن يسقط حق التعرض. وينشر هذا الاعلان خلال الأربعة أشهر التالية للتحديد الفعلى للعقار ويجدد نشره فى حالة تجديد تكميلى تقتضيه الضرورة ويكون من نتيجته تحديد حدود العقار (الفصل ٢٣).

٢٠٠ ـ التعرضات فى خلال شهرين من نشر الاعلان المشار اليه فى نهاية الفقرة السابقة يجب أن يكون كل الاعتراضات قد قدمت. والمعترض هو من ينازع فى وجود حق الملك لطالب التحفيظ أو فى مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار . أو يدعى لنفسه حقا عينيا قابلا للتسجيل على الرسم العقارى الذى سيقع انشاؤه (الفصل ٢٤) . وتقدم التعرضات شفاهة أو كتابة الى المحافظة العقارية . كما يمكن أن تقدم شفاهة أو كتابة الى المحكمة أو القائد أو مركز قاضى التوثيق . ويحرر من المحافظة أو المحكمة أو القائد أو قاضى التوثيق محضر من نسختين بحضور المعنى بالأمر ويسلم احدهما الى المتعرض . وعلى هذه الجهات أن ترسل الاعتراض الى المحافظة العقارية . . . . فى التصريحات والرسائل المتضمنة

الاعتراض : الحقوق والرسوم والوثائق التي يرتكز عليها الطلب ، وتكون مصحوبة بجميع المستندات ووسائل الاثبات المفيدة • ويطلع من يعينهم الأمر من طالبي التحفيظ والمتدخلين على هذه الوثائق دون نقلها من مكانها • وسواء قدمت المستندات أو لم تقدم فان كل اعتراض يسجل بواسطة المحافظ في سجل خاص معد لهذا الغرض ويوجه انذار الى الشخص المعنى لايداع المستندات والا تعرض للغرامة المنصوص عليها في الفصل ٤٨ (الفصل ٢٥) • واذا تقدم بالاعتراض شخص غيرالمعترض، كان عليه أن يثبت هويته وصفته كوصى أو نائب قانوني أو وكيل ، وأن يعطى البيانات المتعلقة بالحالة المدنية للأصيل ، ويمكن أن يقع الاعتراض باسم المحجوز عليه أو الغائب أو المفقود بواسطة الوصى أو الممثلين الشرعيين والأقارب ووكيل الدولة والمسدد ووكيل الغياب (الفصل٢٦)•

واذا لم تقدم اعتراضات خلال مدة الشهرين فان المسدد أو القائد أو قاضي التوثيق يوجهون شهادة سلبية الى المحافظة تفيد انتفاء الاعتراضات • (الفصل ٢٨) ــ فاذا قدم اعتراض بعد ذلك كان غير مقبول (الفصل ٢٧) • ما لم يقبله المحافظ بصفة استثنائية اذا كان الملف لم يوجه الى كتابة الضبط بالمحكمة الاقليمية ، أو يقبله وكيل الدولة ان كان الملف بالمحكمة • وقبل البت في قبول طلب التعرض يتم ابلاغ طالب التحفيظ والمعنيين بالأمر به سواء من المحافظ أو من وكيل الدولة بالمحكمة التي رفعت اليها القضية ، ولها الاستماع الى الأطراف قبل أن يقرر قبول طلب التعرض (الفصل٢٩ معدل بظهير ٢٥ منأغسطس سنة١٩٥٤)•

(٢٠١ ــ تحويل التعرضات للمحكمة : اذا لم تقدم تعرضات فان المحافظ يستطيع أن يباشر تسجيل العقار في السجل العقارى اذا تحقق من سلامة الاجراءات (الفصل ٣٠ معدل بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٥٤) أما اذا كانت هناك تعرضات فان المحافظ يبلغ نسخة من

محتوياتها الى طالب التحفيظ ، وقد يستطيع طالب التحفيظ ازالة التعرضات بالاتفاق مع أصحابها ، وقد يسلم هو بها ، وعندئذ يمكن أن يتم التحفيظ . وقد يجد طالب التحفيظ أن التعرضات تنحصر فى جزء معين من العقار ، فطلب تحفظ الجزء غير المتنازع عليه وتسليمه رسما عقاريا له وعندئذ يتم تحديد جديد لهذا الجزء . وقد يقوم المحافظ نفسه تفاديا لتوجيه الملف الى المحكمة بمحاولة لاجراء الصلح بين أطراف النزاع . فاذا نجح فى ذلك حرر به محضرا ووقع عليه الأطراف ، وتكون لاتفاقات الأطراف قـوة الالتزام العرفى ، أى انها لا تعتبر مفرغة فى محرر رسمى موثق (الفصل ٣١ معدل بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٥٩٤) .

فاذا لم يتم صـلح ومضت مدة شـهر من يوم الاختتام ، يوجه المحافظ للمرة الأخيرة انذارا للمتعرضين لكى يقدموا للمحافظة خـلال ثلاثة أشهر الوثائق والرسوم المؤيدة لتعرضهم . ويشعرهم بأن المحكمة لن تقبل منهم أى رسم أو وثيقة . فاذا لم يتقدموا بالوثائق ولم يثبتوا أنهم استحال علهم تقديمها فللمحافظ بعد البحث أن يقرر الابقـاء على التعرض أو اعتباره ملغيا . فاذا ألغاه كان قراره قابلا للاستئناف أمام المحكمة الاقليمية . وتبت هذه بصفة انتهائية . وميعاد الاستئناف هـو ١٥ يوما من تاريخ تبليغ قرار المحافظ ويفصل فيه بصفة مستعجلة . كذلك يعتبر التعرض لاغيا اذا كان المتعرض لم يحصل على المساعدة القضائية أو لم يطلبها ولم يؤد مع ذلك الوجيبة القضائية فى خلال الثلاثة الأشهر . غير أنه يمكن للمحافظ تخفيضها بطلب من المتعرض حسب تقديره لأهمية النزاع وله فى ذلك نفس الصلاحيات المخولة للقاضى . وتتسلم مصـلحة المحافظة العقارية الوجيبة بدلا من كتابة الضبط بالمحكمة . ويجب أداؤها عن كل واحد من التعرضات المتباينة المتعلقة بالطلب الواحد للتحفيظ . ولكن اذا كان هنالك تعرض آخر ناتج عن مطلب آخر للتحفيظ يشـمل جزءا من العقار موضوع الطلب الأول فلا تؤدى عنه وجيبة قضـائية

ولا وجيبة دفاع • وبانتهاء مدة الثلاثة الأشهر يوجه المحافظ الطلب وملف الوثائق المتعلقة به الى كتابة الضبط بالمحكمة الاقليمية الكائن بدائرتها العقار ، ويعين رئيس هذه المحكمة فى الحين قاضيا مقررا يكلف بتحضير حل للنزاعات المثارة بسبب طلب التحفيظ (الفصل ٣٢ معدل بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٥٤[٥]) •

٢٠٢ ـ تحضير القضية : يقوم القاضى المقرر باتخاذ الاجراءات المناسبة لتحضير القضية[٦] • فيمكنه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الاخصام أن يقف على عين العقار الجارى فيه التحفيظ ليقوم بتطبيق الرسوم عليه أو بالاستماع الى الشهود ويمكنه بموافقة رئيس المحكمة أن ينتدب لذلك المسدد الواقع بدائرته العقار أو أحد نوابه كما يمكنه ندب أى مسدد آخر • ويراعى القاضى المقرر أو القاضى المنتدب من طرفه

---

(٥) جرى العمل خلافا للفصل ٣٢ على قبول الوثائق والرسوم التى تقدم بتاريخ لاحق ، لا سيما أثناء وقوف المحكمة على عين المكان ، سواء فى الدرجة الابتدائية أو الاستئنافية ، ويمكن تبرير ذلك بالفقرة الأخيرة من الفصل ٣٤ •

انظر : دليل عملى لقاضى التحفيظ العقارى ـ طبع وزارة العدل المغربية ١٩٦٨ ـ ص ٩

(٦) يستطيع القاضى ان يأمر بحضور الخصوم شخصيا فى مكتبه مع الاستماع للشهود كلما وجد بعض النقاط القانونية المعقدة ، ولكن الغالب أن تكون المشكلة واقعية وليست مشكلة رأى قانونى • ويستطيع القاضى أيضا أن ينتقل الى عين المكان ـ وهو الأكثر استعمالا ـ لتعيين حيازة الخصوم وصفاتها ومدتها بحضور السلطات المحلية والجماعية وأرباب الأملاك المجاورة • وعند حضور الخصوم يتحقق القاضى من هويتهم وعناوينهم ويذكرها فى المحضر مع أسماء السلطات المحلية ووصف الأماكن المتنازع فيها ونوع المزروعات وأسماء الحائزين لأجزاء العقار، وأرقام الأنصاب والعلامات• ويطبق الرسم على العقار ، ويضمن تحليل الرسوم فى المحضر ويستمع للشهود ، ويمكن الاستماع للسلطات المحلية من باب الاستعلام فقط •
انظر : دليل عملى لقاضى التحفيظ العقارى ـ ص ٩ ـ ص ١١

قواعد قانون المسطرة المدنية • ويمكنه طلب مساعدة مهندس تابع لمصلحة التخطيط بعد الاتفاق مع رئيس مكتب المساحة الذى يهمه الأمر، ويحدد المبلغ الذى يجب ايداعه بواسطة المعنى بالأمر بحسب الأعمال التى ستنجز والتعويضات التى تقتضيها • ويمكنه أن يتلقى بمكتبه أو يستصدر جميع التصريحات والشهادات ويتخذ جميع الاجراءات التى يراها مفيدة لتتميم المسطرة ، ويستمع على الأخص الى الشهود الذين يرغب الأطراف فى الاستماع اليهم (الفصل ٣٤ معدل بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٥٤) وعندما يرى القاضى المقرر أن القضية قد أصبحت جاهزة ، يخبر الأطراف بيوم الجلسة العلنية التى ستتعرض فيها ، وذلك قبل موعدها بثمانية أيام على الأقل مع اضافة أجل للمسافة — ويذكرهم بأن فى امكانهم الحضور شخصيا أو بوكيل خاص (الفصل ٣٥) •

٢٠٣ — الفصل فى التعرض : يبدأ القاضى المقرر بعرض القضية ويعين المسائل التى تتطلب حلا دون أن يبدى أى رأى ، ثم تستمع المحكمة الى الأطراف ويقدم ممثل النيابة العامة ان اقتضى الحال استنتاجاته ، ثم يفصل فى القضية أما فى الحين وأما بعد المداولة • وتبت المحكمة فى وجود الحق المدعى به ونوعه ومحتواه ومداه وتحيل الأطراف قصد العمل بقرارها على المحافظ الذى له وحده النظر فى قبول طلب التحفيظ أو رفضه كلا أو بعضا ، مع احتفاظهم بحق الطعن طبقا للفصل ٩٦ • وقد يحدث أثناء نظر الدعوى أن يسلم طالب التحفيظ بالتعرض ، أو يتنازل المتعرض عن تعرضه ، وعندئذ تقتصر المحكمة على الاشهاد بذلك القبول أو التنازل وتحيل الملف على المحافظ الذى يقوم بالتحفيظ • واذا أقرت المحكمة صحة تعرض بحكم اكتسب قوة الشىء المقضى به ، ثم طلب المتعرض تحفيظ العقار حسب الاجراءات الواردة فى الفصل ١٣ وبعد النشر

بالجريدة الرسمية بأربعة أشهر والتعليق والقيام بالاستدعاءات القانونية ومراجعة التحديد أثناء آجال النشر ، فانه يمكن تحفيظ العقار بناء على طلب المتعرض (الفصل ٣٧ بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٥٤) .

٢٠٤ ــ رفض التحفيظ : قد يرفض المحافظ التحفيظ بسبب عدم كفاية الحجج المدلى بها ، وقد ترفض المحكمة التحفيظ كذلك نتيجة التعرضات التى تدمت ضده ، وفى هاتين الحالتين يعتبر التحديد المؤقت الذى سبق اجراؤه ملغيا ، ويلزم طالب التحفيظ بمحو آثاره ، أى بازالة الأنصاب الموضوعة على الطبيعة ، فاذا لم يفعل ذلك بعد انذار يوجه اليه ممن يعنيهم الأمر ، فان المحو يباشر على نفقة طالب التحفيظ ولو استلزم القوة العمومية (أى الاستعانة بالشرطة) . فاذا كان الرفض بالنسبة الى جزء معين متنازع فيه ، فان هذا الجزء يجب محو آثار التحديد السابق بالنسبة اليه ،ويصحح التحديد وفقا لذلك . ويؤدى رفض طلب التحفيظ كله أو بعضه الى ارجاع طالب التحفيظ وجميع المعنيين بالأمر بالنسبة لكل العقار أو الى أجزائه المخرجة الى الوضع السابق على طلب التحفيظ . وتبقى للأحكام الصادرة فى شأن التعرضات أثناء جريان الدعوى قوة الأمر المقضى به فيما بين الأطراف . (الفصل ٣٨ معدل بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٥٤) .

٢٠٥ ــ ابلاغ الحكم : يبلغ ملخص الحكم الى طالب التحفيظ وجميع الأطراف فى عناوينهم المختارة ، بمجرد صدوره أو على الأكثر خلال مدة لا تتجاوز ثمانية أيام وينص التبليغ على أنه يمكن استئنافه خلال المدد المنصوص عليها فى الفصل ٢٢٦ من قانون المسطرة المدنية (الفصل ٤٠) .

٢٠٦ ـ الاستئناف : يقبل الاستئناف أيا كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه • ويمكن رفعه طبقا للفصل ٢٣١ من قانون المسطرة المدنية ، ويوجه الملف بدون مصاريف مع نسخة الحكم المطعون فيه الى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف • (الفصل ٤١) • ويتعين الرئيس الأول بمحكمة الاستئناف مستشارا مقررا ، ويأمر هذا المستشار المستأنف بالادلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه فى ظرف أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما يضاف اليها أجل بعد المسافة ، ثم يستدعى الأطراف المعنية بالأمر للاطلاع على ما أدلى به المستأنف وللادلاء بمنازعاتهم ووسائل دفاعهم فى أجل مماثل (الفصل ٤٢ معدل بظهير ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٥٤) • وللمستشار من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف أن يتخذ جميع التدابير التكميلية للتحقيق ، وأن يقف على عين العقار المدعى فيه مستعينا عند الاقتضاء بمهندس عقارى طبقا للفصل ٣٤ ليقوم بتطبيق الرسم أو الاستماع الى شهود • ويمكنه بموافقة الرئيس الأول أن ينتدب لهذه العمليات قاضيا من المحكمة الاقليمية أو المسدد أو نائبا للمسدد الموجود بدائرته العقار أو مسددا آخر • وليس للأطراف أن يتقدموا بأى طلب جديد فى مرحلة الاستئناف ، ويقتصر التحقيق الاضافى المنجز من قبل المستشار المقرر على النزاعات التى آثارها مطلب التحفيظ فى المرحلة الابتدائية • ويطبق الفصل ٢٣٤ من قانون المسطرة المدنية (الخاص باعتراض الخارج عن الخصومة) (الفصل ٤٥ معدل بظهير ٣٣ فبراير ١٩٢٤) • وعندما يرى المستشار أن المسطرة قد تمت يخبر أطراف النزاع فى عناوينهم المختارة باليوم الذى ستعرض فيه القضية بالجلسة وذلك قبل خمسة عشر يوما يضاف اليها ميعاد المسافة (الفصل ٤٤) •

٢٠٧ ـ الفصل فى الاستئناف : تبدأ المناقشات بتقرير المستشار المقرر الذى يعرض القضية والمسائل المطلوب حلها من غير أن يعرب عن أى رأى ، ثم يستمع الى الأطراف اما شخصيا أو بواسطة وكلائهم ،

ويقدم ممثل النيابة العامة استنتاجه ويصدر الحكم اما فى الحين أو بعد المداولة ، طبقا لما ورد فى الفصل ٣٧ (الفصل ٤٥ معدل بظهير ٢٤ سبتمبر ١٩١٧) • وتبلغ الأحكام بنصها الكامل الى جميع الأطراف فى عناوينهم الحقيقية أو المختارة مع التنبيه الى أنها قابلة للطعن فيها بالنقض خلال شهرين من يوم التبليغ (الفصل ٤٧ معدل بظهير ٢٦ من مايو ١٩٥٨) •

٢٠٨ ـ طلب التحفيظ والتعرض بسوء نية أو تعسف : اذا ثبت أن طالب التحفيظ أو المتعرض كان سيىء النية أو متعسفا ، وجب الزامه بغرامة من عشرة دراهم الى ألف درهم بصرف النظر عن التعرض المستحق للأطراف المتضررة • وتحكم بهذه العقوبة المحكمة التى أحيل عليها طلب التحفيظ(٧) ، وتحكم كذلك فى طلب التعويض • واذا لم يدفع الغرامة من حكم عليه بها يخضع لنظام الاكراه البدنى المقرر فى الفصول من ٦٧٣ الى ٦٨٧ من قانون المسطرة الجنائية (الفصل ٤٨ معدل بظهير ٣٥ غشت سنة ١٩٥٤) •

٢٠٩ ـ انتهاء الاجراءات : اذا رفض طلب التحفيظ يستدعى المحافظ الأطراف لسحب الوثائق المودعة من قبلهم مقابل وصل الفصل ٤٩) واذا لم يرفض الطلب ولكن الطالب لم يتابع المسطرة مدة ستة أشهر من تاريخ تقديم طلبه ، ثم بلغه المحافظ انذارا برسالة مضمونة مصحوبة بشهادة التوصل ، فان الطلب والعمليات المتعلقة به (كالتحديد المؤقت) تعتبر ملغاة (الفصل ٥٠) •

٢١٠ ـ المصاريف : مصاريف التحفيظ على طالب التحفيظ ومصاريف التعرض على المتعرض اذا رفض تعرضه ، وعلى طالب التحفيظ اذا ثبتت صحة التعرض • وتوزع المصاريف أو تقع المقاصة فيها حسبما

---

(٧) ديكرو : فقرة ١٤٢ ـ ص ٢٨

تقرره المحكمة اذا خسر كل واحد من الأطراف بعض مطالبه ــ وتكون مصاريف التحقيق الاضافي على الطرف الذي تسبب فيها ، وتكون على الطرف الخاسر اذا باشر القاضي المقرر ذلك التحقيق تلقائيا • ويبت في هذا الصدد بمقتضى الحكم الذي يفصل نهائيا في الدعوى (الفصل ٥١) • على انه لا يحكم بمصاريف دعوى الطعن في قرار المحافظ على المحافظ شخصيا الا اذا كان قد صدر منه خطأ جسيم[٨] •

٢١١ ــ الرسم العقاري : يقتضي التحفيظ أن يقيم المحافظ رسما عقاريا يبين فيه : وصف مفصل للعقار مع حدوده وبيان الأملاك المجاورة والملاصقة له ونوعه ومساحته . ويبين محل سكنى المالك أو الملاك وحالته أو حالتهم المدنية وفي حالة الشياع بيان حظ كل منهم . ويبين الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقار • ويحمل الرسم رقما ترتيبيا واسما خاصا وتبقى خريطة العقار مضافة اليه (الفصل ٥٢ معدل بظهير ٥ ابريل ١٩٣٨[٩]) • وتحرر الرسوم العقارية في سجلات تحدد شكلها الادارة (الفصل ٥٣) • واذا جزىء عقار بقسمة أو غيرها يباشر تحديد كل قطعة بواسطة مهندس محلف يسجل العملية في نسخة الخريطة . ويحرر رسم وخريطة مستقلان لكل جزء من العقار . غير أنه في حالة التفويت الجزئي يمكن للمالك أن يطلب الرسم القديم للجزء الباقي بيده من العقار • فان رأى المحافظ الابقاء على الرسم ممكنا . قيد فيه ما يفيد ذلك . وتصحح الخريطة تبعا لذلك (الفصل ٤٥) • واذا حرر الرسم

---

(٨) ديكرو : فقرة ١٤١ ــ ص ٨٢

(٩) وتضيف المادة ٥٢ مكرر الصادرة بالمرسوم المؤرخ ٥ يناير سنة ١٩٦٥ أنه اذا كان الاسم الذي حفظ تحته العقار اجنبيا أو كان ذا جرس أجنبي ، فان المالك المسجل يمكنه ان يطلب تعديله . ويلزم في حالة الشياع أخذ الموافقة الصريحة للشركاء الآخرين على ذلك ، وبعد انهاء مهلة شهر من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية تدرج التسمية الجديدة . انظر : ديكرو : فقرة ١٤٩ ــ ص ٨٧

العقارى أو سجل به حق عينى باسم قاصر أو محجور ، فانه ينص فيه على سن القاصر أو نوع عدم الأهليــة • فاذا انتهت حالة القصور أو الحجر فان القاصر الذى صار رشيدا أو المحجور الذى أصبح متمتعا بالأهليــة يمكنه أن يحصــل على تعديل فى رســمه (الفصــل ٥٥) • واذا حرر المحافظ رسما جديدا لملك فانه يلغى الرسم السابق بأن يضع علامة الالغاء وطابع المحافظة على جميع صفحاته ، ويلغى بنفس الكيفية نسخته ويحتفظ بها بالمحفوظات (الفصل ٥٧) • وللمالك وحده الحق فى أخذ نســخة صحيحة تامة من رسم الملك ومن الخرطة المضافة اليه ، وتحمل هذه النسخة اسمه ويشهد المحافظ بامضائه ووضع طابع المحافظة عليها[١٠] • أما باقى المعنيين بالأمر فليس لهم الحق الا فى تسلم شهادة خاصة (الفصل ٥٨) • واذا كان العقار شائعا بين مالكين أو أكثر تسلم نسخة واحدة من الرسم لمن كان منهم مكلفا بادارة العقار من قبل شركائه أو لمن جعلوه قيما لهذه الغاية ، أما باقى الشركاء فلا يمكنهم أن يطالبوا الا بشــهادة خاصــة (الفصل ٥٩) • وكل ما يقيده المحافظ فى السجل العقارى ، فانه يعيــد تقييده على نظير الرسم الذى يقوم له ويشهد كلما طلب منه ذلك فى نظير الرسم بموافقته للسجل العقارى (الفصل ٦٠) • ويلتزم المحافظ عنــد الطلب بأن يسلم بيانا عاما أو خاصا لمــا سجل بالسجل العقارى ونسخة أو ملخصا للوثائق الموضوعة تنفيذا للفصلين ١٤ و ١٥ (الفصل ٦١) •

---

(١٠) يمكن للمالك بدلا من الحصول على رســـم عقارى جديد عن العقار ـ أن يطلب ادراج هذا العقار فى رسم لعقار مجاور بملكه هو من قبل • انظر :

ـ المــادة ١٦ من القرار الوزارى المؤرخ ٣ يونيو ١٩١٥ :

ـ ديكرو : فقرة ١٤٧ ـ ص ٨٦

٢١٢ ـ ما يترتب على التحفيظ : متى تم رسم الملك صارت له صفة نهائية ، فلا يقبل الطعن فيه ، وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة (الفصل ٦٢) • ولا يكسب التقادم أى حق عينى على العقار المحفظ فى مواجهة المالك المسجل اسمه . ولا يزال أى حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك (الفصل ٦٣) ويعالج الفصل ٦٤ موقف ضحايا التحفيظ عندما تضار حقوق مشروعة لهم بسبب التحفيظ ، فيقرر أنه لا يمكن اقامة دعوى فى العقار بسبب حق وقع الاضرار به من جراء تحفيظ ، ويمكن لمن يهمهم الأمر وفى حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات وفى حالة اعسار المدلس تؤدى التعويضات من صندوق التأمينات المحدث مع الاحتفاظ للصندوق المذكور بحق الرجوع على المعسر • وكل ذلك مع مراعاة تطبيق القواعد الخاصة بمسئولية الدولة وموظفيها كما هو منصوص عليها فى الفصول ٧٩ الى ٨١ من تقنين الالتزامات والعقود (الفصل ٤٦) • وسنعود الى تفصيل هذا الموضوع فى الفصل التالى •

٢١٣ ـ اشهار الحقوق العينية العقارية : يجب أن تشهر بواسطة تسجيل فى السجل العقارى جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقارى ، وجميع الأحكام التى تكتسب قوة الشيء المقضى به ، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقارى أو نقله الى الغير أو اقراره أو تغييره أواسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارية التى تفوق مدتها ثلاث سنوات ، وكل ابراء أو حوالة لقدر مالك يوازى كراء بناء أو أرض لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء (الفصل ٦٥) •

٢١٤ ــ أثر التسجيل بالنسبة للغير : كل حق عينى متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير الا بتسجيله وابتداء من يوم التسجيل ، في الرسم العقارى ، من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ، ولا يمكن فى أى حال التمسك بابطال هذا التسجيل فى مواجهة الغير ذى النية الحسنة (الفصل ٦٦) • ولا يجوز التمسك فى مواجهة الغير بعقود الايجار التى لم تشهر بتسجيلها فى السجل العقارى طبقا للفصل ٦٥ ، اذا جاوزت ثلاث سنوات تحسب من اليوم الذى تنتج فيه الأفعال والاتفاقات المشار اليها فى الفصل ٦٥ أثرها (الفصل ٦٨ معدل بظهير ٢٥ غشت ١٩٥٤) •

٢١٥ ــ أثر التسجيل بالنسبة للأطراف : ان الأفعال الارادية والاتفاقات التعاقدية الرامية الى تأسيس حق عينى أو نقله الى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو اسقاطه ، لا تنتج أى أثر ولو بين الأطراف الا من تاريخ التسجيل ، دون الاضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض وكذا بامكانية اقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم (الفصل ٦٧) • ففى حالة البيع مثلا ينشأ على عاتق البائع التزام بنقل ملكية العقار الى المشترى ، ولا ينفذ هذا الالتزام الا بتسجيل • وعلى ذلك فالبائع ملزم قانونا بمتابعة اجراءات التسجيل حتى تتم • ولو انه من الناحية العملية يهتم المشترى مدفوعا بمصلحته الشخصية بمتابعة طلب التسجيل الذى يتقدم به البائع ، بل وقد يتعهد فى العقد بذلك غير أن تعهده لا يعتبر الا بمثابة وكالة عن البائع فى القيام بهذه الاجراءات ، اذ من المفروض دائما أن البائع هو الملتزم باتمام التسجيل لكى تنتقل الملكية[11] •

---

(١١) ديكرو : فقرة ٢٥٤ ــ ص ١٦١

٢١٦ ــ قائمة التسجيل تعدها طالب التسجيل الى المحافظة قائمة تتضمن :

١ ــ تعيين العقار الذي يجب أن يقع عليه التسجيل وذلك ببيان رقم الرسم العقاري •

٢ ــ بيان نوع الحق المطلوب تسجيله •

٣ ــ بيان مدخل التملك . وكذا نوع وتاريخ العقد الذي يثبته •

٤ ــ بيان الحالة المدنية للمستفيد من التسجيل المطلوب انجازه •

٥ ــ وعند الاقتضاء بيان ما يطلب تسجيله في نفس الوقت الذي يطلب فيه تسجيل الحق الأصلي من أسباب للفسخ أو من قيد على الحق في التصرف أو أي تقييد خاص آخر . وذلك كله مع بيان الحالة المدنية للمستفيدين من التسجيل المذكور (الفصل ٦٩) •

وتحتوي القائمة على توقيع الطرفين كلما كان المطلب مؤسسا على وثيقة اتفاقية • ويضاف اليها أصل كل عقد أدلي به تأييدا للمطلب أو نسخة من هذا العقد • أما الأحكام والعقود التي لها أصول رسمية فيمكن الادلاء بنسختها الحرفية (الفصل ٧٠) • ويحقق المحافظ تحت مسئوليته هوية المتصرف وأهليته وصحة الوثائق المقدمة شكلا وجوهرا (الفصل ٧٣) • وتعتبر هوية الأطراف محققة اذا كانت التوقيعات الموضوعة أسفل القائمة وأسفل العقود المدلى بها تأييدا للمطلب معرفا بها من طرف احدى السلطات التالية : القناصل ونوابهم ورجال السلك القنصلي[١٢] ، العمال والباشوات والقواد ، رئيس المحكمة الاقليمية . المسددون • واذا كان

---

(١٢) المقصود هنا رجال السلك القنصلي المغاربة الموجودون بالقنصليات المغربية في الخارج .

الأطراف لا يعرفون التوقيع أو لا يستطيعونه ، فيقع التعريف بالقائمة أمام احدى السلطات المذكورة أعلاه وبمحضر شاهدين ذكرين يحسنان التوقيع ويتوفران على أهلية التعاقد • ويشهد القاضي أو الموظف بصحة التعريف بالقائمة ويمضى مع الشاهدين عليها • واذا كان القاضي أوالموظف الذى يباشر التعريف أو الذى عرف أمامه بالقائمة لا يعرف اسم الأطراف أو حالتهم الشخصية أو عنوانهم أو كان لا يعرف الشاهدين فيجب أن يعرف له بذلك من قبل شاهدين معروفين لديه تكون لهما نفس الصفات المذكورة ، وعند عدم تنفيذ هذه المقتضيات فان المحافظ يرفض التسجيل ويرد لطالبه الوثائق المدلى بها ويصحبها بتصريح كتابى يبين فيه أسباب الرفض (الفصل ٧٣) • وعلى المحافظ التحقق من أن العملية التى أقيمت القائمة من أجلها لا تتعارض مع التقييدات المضمنة فى السجل العقارى ومع مقتضيات قانون التحفيظ العقارى وأن الوثائق المدلى بها تجيز التسجيل (الفصل ٧٤[١٣]) • ويباشر التسجيل بالسجل العقارى ببيانات موجزة ويؤرخ ويمضى عليه من المحافظ والا كان باطلا (الفصل ٧٥) • ويستفاد من هذا النص أن التسجيل لا يعتبر قد تم الا من تاريخ توقيع المحافظ عليه •

٢١٧ — تقييد الطلبات والأولوية : يتخذ المحافظ سجلا للايداع يثبت فيه بايجاز الاجراءات والوثائق المسلمة اليه بأرقام ترتيبية حسب ورودها اليه • ويسلم للطالب اعترافا يشير فيه لرقم سجل الايداع الذى سجل تحته كل مطلب ويقوم بالاجراءات حسب ترتيب المطالب • واذا قدمت فى آن واحد عدة مطالب عن عقار واحد ينص على ذلك بسجل الايداع

---

(١٣) وبصفة خاصة يجب على المحافظ التحقق من ان تواريخ التصرفات المطلوب تسجيلها ليست سابقة على تاريخ تحفيظ العقار • لأنها لو كانت سابقة على هذا التاريخ لفقدت مفعولها تماما نتيجة عدم التقدم بها فى مرحلة التحفيظ بواسطة اعتراض أو قيد مؤقت •

وتسجل الحقوق بنفس الرتبة فان تنافى بعضها مع البعض رفض المحافظ التسجيل. (الفصل ٧٦) . وترتيب الأولوية بين الحقوق المثبتة على العقار الواحد تابع لترتيب التسجيلات ، باستثناء الحالة المشار اليها فى الفترة الأخيرة من الفصل ٧٦ (الفصل ٧٧) .

٢١٨ ــ تسجيل حقوق القاصر : يتم بطلب من الأوصياء أو القائمين مقامهم . فان لم يكونوا فبطلب من أعضاء المجلس العائلي أو بطلب من وكيل الدولة أو القنصل أو المسدد أو قاضى التوثيق أو الأقارب أو أصدقاء القاصرين أو بطلب من القاصرين أنفسهم (الفصل ٧٨) .

٢١٩ ــ الوفاة قبل التسجيل . فى حالة وفاة الحائز لحق عيني عقارى غير مسجل ، يمكن تسجيله فى اسم التركة قبل تصفيتها أو قسمتها بمجرد الادلاء بشهادة وفاة الحائز ثم بعد القسمة يعدل التسجيل بما يتفق وعقد القسمة الذى يدلى به اذ ذاك (الفصل ٨١) . واذا رغب الورثة فى الحصول على تسجيل باسمهم للحقوق العينية العقارية المنجزة لهم بالأرث فعليهم أن يدلوا زيادة على شهادة الوفاة بما يثبت حالتهم المدنية واستحقاقهم للارث وحظوظهم فيه . ويثبت استحقاق الأرث والحظوظ فيه بالاعتماد على عناوين زمام التركة وبشهادات استرعائية وبكل حكم قضائى صالح وبشهادات الوراثة المبادرة من سلط مختصة وبشهادات مقامة فى أقطار أجنبية على الشكل القانونى . وان كان انتقال الحق ناتجا عن وصية فان طالب التسجيل الموصى له يدلى بصك الوصية أو بنسخة منه وعند الاقتضاء يدلى بموافقة الورثة أو الموصى لهم العامين أو بقرار السلطة القضائية التى لها الصلاحية فى الاذن بوضع اليد على التركة (الفصل ٨٣) .

٢٢٠ ــ نشوء حقوق جديدة قبل اتمام التحفيظ : اذا نشأ على عقار فى طور التحفيظ حق خاضع للاشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه فى التسجيل والتمسك بالحق المذكور فى مواجهة الغير أن يودع بالمحافظة الوثائق اللازمة للتسجيل ويقيد هذا الايداع بسجل التعرضات ويسجل الحق فى الرسم العقارى بالرتبة التى عينت له بالتقييد السابق ، وذلك فى يوم التحفيظ وبشرط أن يسمح به اجراء المسطرة (الفصل ٨٤) . ويستفاد من هذا النص أنه اذا لم يتم قيد هذا الحق فى مرحلة التحفيظ فانه يزول اذا تم التحفيظ ، ولا سبيل الى تسجيله بعد ذلك الا اذا وافق من تم تحفيظ العقار على اسمه بسند يحمل تاريخا لاحقا على تاريخ التحفيظ بالضرورة .

٢٢١ ــ تسجيل الحجز العقارى : يجب أن يبلغ للمحافظ كل أمر رسمى بحجز عقارى ، ليسجله بالرسم العقارى . وابتداء من تاريخ التبليغ المذكور لا يمكن أن يباشر بشأن العقار أى تسجيل جديد خلال مدة جريان مسطرة نزع الملكية (الفصل ٨٧) .

٢٢٢ ــ تسجيل العقار المبيع بسبب الحجز : اذا كان التسجيل يتعلق بحق الملكية ، وكان مترتبا عن بيع بالمزاد العلنى نتيجة حجز عقارى أو نزع الملكية للمصلحة العامة أمكن للمالك الجديد أن يطلب الحصول على نظير من النسخة كما فى حالة الضياع أو السرقة (الفصل ٩٠) .

٢٢٣ ــ وجوب مطابقة نسخة الرسم للسجل : كلما ضمن تسجيل أو تقييد احتياطى برسم الملكية ، فانه يجب أن يضمن فى نفس الوقت بنسخة الرسم (الفصل ٨٨) . واذا كان الطلب يتعلق بحق يقتضى انشاؤه موافقة المالك المسجل اسمه والحائز لنسخه الرسم العقارى فيجب على المحافظ أن يرفض التسجيل عند عدم الادلاء بنسخة الرسم . وفى غير ذلك من الحالات فان المحافظ يقوم بالتسجيل ويبلغه للحائز للنسخة مع اشعاره

بموجب تقديمها داخل أجل يحدده المحافظ ولا يقل عن خمسة أيام كاملة والا فتلزمه غرامة تهديدية قدرها ١٢٠ درهما عن كل يوم تأخير • ويجدد هذا الانذار بعد انصرام أجل عشرة أيام ويرفع ابتداء من هـذا التاريخ قدر الغرامة التهـديدية الى ٢٤٠ درهما فى اليوم • ويحدد المحافظ مدة الغرامة التهديدية ويتابع استخلاصها بطريقة الاكراه الادارى • ولا يقبل أى تسجيل آخر ولو يرضى حائز النسخة قبل أن تجعل هذه مطـابقة للرسم العقارى ، ويمكن للمحافظ أن ينجز تلقائيا هذه المطابقة مستغلا لهذه الغاية جميع الفرص التى تسنح له • ومن يوم الانذار تصبح النسخة التى لم تودع مجردة من كل قيمة الى أن تتم المطابقة بينها وبين الرسم • وتبلغ هذه الوضعية المؤقتة الى علم الكافة بواسطة اعلان مختصر يلصق بلوحة معلقة بمكتب المحافظة • ويمكن للمستفيد من التسجيل فيما اذا بقى الانذار بدون نتيجة شهرا بعد التبليغ الأول أن يطلب نسخة جديدة من الرسم العقارى وفق الشروط المقررة فى الفصل ١٠١ وما بعده من قانون التحفيظ العقارى ، وتكون بذلك النسخة الأولى باطلة بصفة نهائية ،ويعلن العموم عن هذا البطلان • وللأطراف الذين يعنيهم أمر طلب التسـجيل استعمال حقهم فى الالتجاء الى المحاكم المختصة قصد الحصول على ايداع النسـخة بالمحافظة العقـارية ، وذلك فى مختلف الحـالات السـابقة (الفصل ٨٩) •

٢٢٤ ـ التشطيب : يمكن شطب كل ما ضمن بالسجل العقارى من تسجيل وتقييد احتياطى وذلك بموجب كل عقد أو حكم اكتسب قوة الشىء المقضى به يثبت انعدام أو انقضاء الواقع أو الحق الذى يتعلق به مما ذكر من التضمين وذلك بالنسـبة لجميع الأشخاص الذين يعنيهم حق وقع اشهاره للكافة بصفة قانونية (الفصل ٩١) والقيد الاحتياطى يشطب تلقائيا بانتهاء الأجل المذكور فى الفصل ٨٦.

(الفصل ٩٢) ويحتوى طلب التشطيب على : تعيين العقار ببيان رقم الرسم العقارى وتعيين التسجيل أو التقييد الاحتياطى المطلوب التشطيب عليه ، وبيان سبب التشطيب ونوع وتاريخ العقد الرسمى أو العرفى المثبت لذلك السبب (الفصل ٩٣) . والمحافظ مسئول عن التحقق من أن الوثائق المقدمة تسمح بالتشطيب وانه لا يوجد ما يعارضه لا فيما هو منصوص عليه فى السجل العقارى ، ولا فيما هو مذكور فى مقتضيات قانون التحفيظ العقارى . (الفصل ٩٤) . ويؤرخ المحافظ التشطيب ويوقع عليه والا كان باطلا ويضمن ذلك بالرسم العقارى (الفصل ٩٥) . واذا رفض المحافظ تحفيظ عقار أو تسجيل حق عينى أو التشطيب عليه لعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم فان قراره يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الاقليمية التى تبت فيه مع الحق فى الاستئناف . والأحكام الاستئنافية يمكن الطعن فيها عن طريق النقض وتبلغ للأطراف طبقا للفصل ٤٧ (الفصل ٩٦ معدل بظهير ٢٦ مايو١٩٥٨).

٢٢٥ ــ مسئولية المحافظ : يسأل عن الضرر الناتج عن اغفال تضمين سجلاته كل تسجيل أو تقييد احتياطى أو تشطيب طلب بصفة قانونية ، وعن اغفال التضمين بالشهادات أو النسخ من الكناش العقارى المسلمة والموقعة منه لكل تسجيل أو تقييد احتياطى أو تشطيب . (الفصل ٩٧) . والفصل ٩٨ يبرز مرة ثانية موقف ضحايا نهائية التسجيل الذين يمتنع عليهم كل طعن فيه فيحمل المحافظ بالمسئولية عن التعويض عن حقوق هؤلاء الضحايا بقوله : « اذا أغفل المحافظ التنصيص فى نسخة رسم الملك أو فى الشهادات على حق أو عدة حقوق مسجلة كان من الواجب بيانها قانونا فى ما ذكر فان العقار المتعلق به هذا الاغفال يبقى فى يد الحائز الجديد محررا من تلك الحقوق ويتحمل المحافظ مسئولية هذا الاغفال أن اقتضى الحال . غير أن هذا التدبير لا يمس بحق الدائنين المرتهنين فى أن يأخذ كل منهم المرتبة الخاصة بدينه ما دام الحائز لم يؤد

ثمن العقار أو ما دامت عملية المحاصة الجارية بين الدائنين لم تنته بكيفية نهائية » (الفصل ٩٨) • ويتم القيد فى السجلات لما يودع من الطلبات المستوفاة حالا بدون ترك أى بياض أو اقحام بين السطور . والتفريط فى هـذا الواجب يلزم المحافظ بأداء تعويض عن الأضرار التى تصيب الأطراف (الفصل ٩٩) • ويقرر الفصل ١٠٠ أن يؤسس صندوق للتأمين لغاية منه أن يضمن فى حالة عسر المحافظ أداء المبالغ المـالية التى قد يحكم بها عليه لصالح الطرف المتضرر وأن يعوض عند الاقتضاء من يكون قـد حرم من حق فى الملك أو من حق عينى نتيجة قبول عقـار للدخول تحت النظام المقرر فى قانون التحفيظ العقـارى ، ويؤسس هذا الصـندوق باقتطاع يباشر مجموع الحقوق المتحصلة لمحافظة الأملاك العقارية[١٤] .

٢٢٦ ــ نسخ الرسوم وشهادات التسجيل . اذا ضاعت أو تلفت نسخة رسم عقارى أو شهادة تسجيل وجب على صاحبها معضـدا بغيره من الأشخاص الذين قد يكون لهم علم بظروف الحادث أن يقوم لدى المحافظ بتصريح يشتمل على ما لديه من المعلومات المؤيدة لصفته والمتعلقة بالتكاليف والرهون التى يتحملها العقار • ويمكن للمحافظة اذا ما ظهر له صدق التصريح أن يسلم للمصرح نسخة من الرسم أو شـهادة التسجيل المؤقت • وكل منهما مجرد نقل حرفى لنص الرسم العقارى مع الاشـارة الى الظروف التى وقع فيها التسـليم • ويجب على المحافظ قبل تسـليم النسخة أو الشهادة أن ينشر فى الجريدة الرسمية اعلانا بذلك خمسة عشر يوما من قبل (الفصـل ١٠١) • ويبين المحافظ فى سجل رسوم الملكية واقعة تسليم نسخة الرسم أو شهادة التسجيل المؤقت وتاريخ وظروف

---

(١٤) يلاحظ ان مسئولية المحافظ صعبة الاثبات جدا ، وهى على أية حال لا تمنع المضرور من الرجوع على من تم التسجيل لصالحهم اضرارا بحقوقه اذا توافر لديهم سوء النية . ويجب ان يفسر التدليس الواقع منهم والمشار اليه فى الفصل ٦٤ بأنه يعنى سوء النية .

التسليم وتكون للنسخة أو الشهادة المسلمة نفس قيمه النسخة أوالشهادة الأصلية وتستعملان لنفس الأغراض (الفصل ١٠٢) • وقد لا يرى المحافظ داعيا لتلبية طلب النسخة أو الشهادة البديلة ، أو اعترض أحد على تسليمها ، فيكمن للطالب عندئذ أن يرفع الأمر الى المحكمة الاقليمية (الفصل ١٠٣) ، كما يمكن التظلم من قرار المحافظ لدى المحافظ العام[١٥] •

٢٢٧ ــ عقوبات : يختم المشرع قانون التحفيظ العقارى بالعقاب على التزوير فى أوراق التسجيل ، أو العبث بالعلامات التى توجد على الطبيعة • فيقرر الفصل ١٠٤ تطبيق أحكام الفصلين ٣٥٤ و٣٥٦ من القانون الجنائى على كل من يقوم عن علم وبقصد جلب ربح غير شرعى لشخص آخر ، بتزوير أو تزييف أو تحريف رسوم الملكية أو نسخ أو قوائم أو شهادات سلمها محافظ الأملاك العقارية أو استعمل مستندات مزورة أو مزيفة أو محرفة ، وكل من اقترف زورا فى المحررات المقدمة للتسجيل أو بقصد التشطيب عليه اما بتزييف أو تحريف كتابات أو توقيعات واما بخلق أشخاص وهميين أو باصطناع اتفاقات أو تصرفات أو براءات واما بادراج ذلك فى تلك المحررات بعد تحريرها واما باضافة أو تزييف شروط أو تصريحات أو أعمال كان غرض تلك المحررات أن تتضمنها أو تثبتها .ويعاقب الفصل١٠٥ من يهدم أو يحرف أويحول أنصاب التحفيظ المؤقتة أو النهائية بالعقوبات المقررة فى الفصل ٦٠٦ من القانون الجنائى فضلا عن أداء النفقات والمصاريف التى تطلبتها اعادة الأنصاب •

---

(١٥) ديكرو : فقرة ١٥٢ ــ ص ٨٨

الفصل الثانى

أهم آثار التحفيظ والتسجيل
من خلال التطبيقات القضائية

٢٢٨ ــ يوجد نظامان للسجلات العقارية ، نظام السجلات الشخصية ، ونظام السجلات العينية ، وتقوم فكرة السجل الشخصى على أفراد صفحة خاصة فى السجل لطالب التسجيل تحمل اسمه الشخصى والعائلى • أما السجل العينى فتنفرد فيه للعقار ذاته صفحة خاصة تقيد فيها التصرفات القانونية المتعاقبة التى ترد عليه ، ولا شك فى أن نظام السجل العينى أفضل من نظام السجل الشخصى ، لأنه يجعل الاجراءات أدق وأيسر فى وقت واحد • الا أنه يقتضى تحديد العقارات تحديدا شاملا فى كل أنحاء البلاد حتى يكون تطبيقه مجديا •

٢٢٩ ــ نظام التسجيل والتحفيظ فى المغرب يهدف الى تطبيق نظام السجلات العينية تطبيقا شاملا ، وقد قدر المشرع المغربى فى شأنه صعوبة اجراء المسح الشامل والتحفيظ لكل العقارات جملة واحدة • فجعل التحفيظ اختياريا ، حتى يألفه الناس تدريجا ويستكمل النظام حلقاته على مر الزمن • وهذه بلا شك سياسة حكيمة ، لأنها تجمع بين الأخذ بمزايا السجل العينى وبين الحرص على استكماله شيئا فشيئا ، حتى يوجد سجل عينى شامل لكل عقارات الدولة ، وعندئذ تنقرض العقارات الملك•

ومن شأن نظام السجل العينى أن يكون التسجيل فيه نهائيا ، وأن يتم تحت اشراف القضاء ولو أن التحفيظ ما زال اجراءا اداريا[١] :

---

(١) ديكرو : فقرة ١٤١ ــ ص ٨٢

وفى اطار هاتين الفكرتين سنتحدث عن آثار التحفيظ والتسجيل ، مع الاستعانة بالتطبيقات القضائية فى هذا الخصوص .

٢٣٠ — والتحفيظ والتسجيل يتم بقرار من المحافظ ، ورفض التحفيظ والتسجيل أو اجراء جزء فقط من التحفيظ أو التسجيل المطلوب يكون كذلك بقرار من المحافظ ويجب فى حالة الرفض أن يكون مسببا. وهذا القرار سواء كان صادرا باتمام التحفيظ أو التسجيل أو برفضه أو بتبعيضه ، هو قرار قابل للطعن فيه أمام المحافظ العام Le conservateus gènèral وهو طعن بالطريق الادارى ، وقد ينتهى بالغاء قرار المحافظ المطعون فيه ، أو ينتهى بتأييده ، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون للطاعن أن يلجأ الى القضاء . بل أن الطاعن فى قرار المحافظ له ألا يسلك الطريق الادارى وأن يسلك سبيل الطعن القضائى من أول الأمر . فلا يلجأ الى المحافظ العام ، وانما يلجأ الى المحكمة ، ويكون ميعاد الطعن فى هذه الحالة شهرا من تاريخ اخطاره بقرار المحافظ ، ولا يحكم على المحافظ بمصروفات الدعوى الا فى حالة صدور خطأ جسيم منه[٢] أما اذا لم يطعن أحد فى قرار المحافظ فانه يصبح نهائيا[٣] .

٢٣١ — ويرى بعض الفقهاء أن قرار المحافظ النهائى بالتحفيظ أو التسجيل ، قرار يتمتع بحصانة مطلقة ضد أى طعن ادارى أو قضائى. فسلطة المحافظة تبلغ أقصى حدود الاطلاق بذلك ، بحيث لا تزيد عليها سوى سلطة الملك فى حالة الظروف الاستثنائية ، فالمحافظ يقرر قرارا نهائيا دون اعطاء أسباب لقراره ، وهو أمر لا تملكه المحكمة العليا نفسها. ويستدل القائل بذلك الى أحكام القضاء المغربى ذاته ، حيث أصدرت

---

(٢) انظر فى تحديد الخطأ الجسيم مؤلفنا فى الالتزامات — فقرة ٣٣٥

(٣) ديكرو : الفقرتان ١٤٠ و ١٤١ — ص ٨١ و ٨٢ ، وفقرة ١٤٣ ص ٨٣

محكمة استئناف الرباط فى ٣٠ نوفمبر ١٩٣٠ حكما قضت فيه بأن الاستئناف المقام ضد حكم صادر فى اعتراض على طلب تحفيظ ، يصبح غير ذى موضوع اذا كان قد وقع بعد تقديمه الى محكمة الاستئناف أن تم تحفيظ العقار المتنازع عليه باسم الخصم ، نتيجة عدم ابلاغ محكمة الدار البيضاء بحصول الاستئناف ، فقامت برد ملف الدعوى الى المحافظة العقارية مصحوبا بشهادة عدم حصول استئناف ، فقام المحافظ باتمام التحفيظ لصالح الطالب المعترض عليه . وبنفس المعنى قالت نفس المحكمة فى حكم لها بتاريخ ١٦ من أكتوبر ١٩٥٢ : « وبالتالى فان الحقوق التى يدعيها المستأنف قد تم تطهير العقار منها تلقائيا[٤] » .

ونحن لا نوافق على هذا الرأى ، لأن التحفيظ والتسجيل — حتى فى نظر صاحب الرأى المشار اليه — هما اجراءان اداريان ، وليست لهما صفة قضائية . ولا يمكن التسليم للعمل الادارى بمثل هذه الصفة النهائية التى تفلت من اختصاص الجهات القضائية كافة الا أن يكون عملا من أعمال السيادة . وحتى لو كانت للتحفيظ والتسجيل صفة قضائية فان الأحكام القضائية لا تكون نهائية وانما تقبل الطعن فيها كقاعدة عامة الا فى الدعاوى زهيدة القيمة ، ولا يتصور أن يكون قرار التحفيظ أقوى من الحكم القضائى فضلا عن أن يكون أقوى من أحكام النقض فيتمتع بمثل حصانتها دون أن يلزم تسبيبه كما يقول صاحب الرأى موضع نقدنا . وكل ما لهذا الرأى من سند هو قول الفصل ٦٢ من تشريع التحفيظ العقارى : « ان رسم الملك له صفة نهائية ولايقبل الطعن » . ولكن هذا النص لا ينبغى أن يؤخذ وحده بل يجب أن يفسر فى ضوء أحكام قانون التحفيظ العقارى جملة ، ومن هذه النصوص الفصل ٩١ الذى يقول : « ان كل ما ضمن بالسجل العقارى من تسجيل وتقييد احتياطى يمكن أن

---

(٤) ديكرو : الفقرة ١٤٣ — ١٤٤ — ص ٨٣

يشطب عليه بموجب كل عقد أو حكم اكتسب قوة الشيء المقضى به يثبت انعدام أو انقضاء الواقع أو الحق الذى يتعلق به ما ذكر من التضمين ، وذلك بالنسبة لجميع الأشخاص الذين يعنيهم حق وقع اشهاره للعموم بصفة قانونية » • وواضح من هذا النص أن الأحكام القضائية يمكن أن تؤدى الى شطب ما ضمن بالسجل العقارى ، كذلك الفصل ٩٦ من قانون التحفيظ العقارى يسمح بالطعن فى قرار رفض التحفيظ أو التسجيل الصادر من المحافظ •

وبناء على ذلك نرى أن محافظ الأملاك العقارية ليس منزها عن الخطأ ، ولا هو سلطة فوق مستوى السلطات العامة ومنها السلطة القضائية ، وليست قراراته دستورا ولا قانونا ولا عملا من أعمال السيادة، بل هو يخضع فى مزاولة عمله الدقيق لاشراف ورقابة السلطة القضائية •

٢٣٢ ــ ولعل الاتجاه الذى نحونا نحوه فى هذه المسألة هو نفسه اتجاه المجلس الأعلى ، حيث أصدر حكما فى ٢ فبراير ١٩٦٥ نقض فيه حكما لمحكمة استئناف الرباط فى قضية كان قد صدر فيها حكم بقبول معارضة ضد طالب التحفيظ ، وقضى بأحقية الطالب فى جزء فقط من الأرض المطلوب تحفيظها وبأحقية المعترض فى باقيها • وطعن الطالب فى هذا الحكم بالنقض ، وكانت قد أصدرت بطريق الخطأ شهادة بعدم حصول طعن فى الحكم • ومع ذلك قضى المجلس الأعلى بقبول الطعن وبنقض الحكم الاستئنافى واعادة الدعوى الى محكمة استئناف الرباط لتقضى فيها مشكلة من هيئة أخرى[٥] • ورغم أن المعترض لم يكن قد أتم تحفيظ الأرض التى سلم له بها الحكم الاستئنافى وأنكرها عليه المجلس الأعلى، الا أن هذا المجلس لم يفرق بين تمام وعدم تمام مثل هذا التحفيظ ، فتلك

---

(٥) R.M.D. 1965. p. 390.

واقعة لا تأثير لها على سلطة القضاء فى نظر النزاع والفصل فيه بحكم واجب النفـاذ ولو تم التحفيظ على خلافه • فعمل المحافظ — صـوابا أو خطأ — ليس من شأنه أن يسلب المحكمة سلطتها فى الفصل فى نزاع خولها القانون سلطة الفصل فيه •

٢٣٣ — ولعله من الضرورى أن نبين فى هذا الموضع أن حكم ٣٠ نوفمبر ١٩٢٠ الذى استند عليه الرأى موضع هـذا التعليق للقول بنهائية التحفيظ والتسجيل (ذاكرا ان المحكمة قضت بأن الاستئنات غير ذى موضوع بعد أن تم تحفيظ العقار خطأ بدون علمها) قد رجعنا اليه فى مجموعة أحكام محكمة الاستئناف بالرباط فى الموضع الذى أشار اليه ذلك المؤلف[٦] فوجدنا للأسف الشديد — أن هذا الحكم لا يقرر ما أشار اليه صاحب الرأى ، وانما موضوع هذا الحكم هو : أنه اذا قدم طلبان للتحفيظ عن نفس العقار فكل من الطالبين يعتبر معارضا تجاه الآخر ، ويترتب على ذلك أنه يجب على كل منهما أن يقيم الدليل على حقه فى الملكية • واذا كان بائع العقار لا يحوزه فالبيع غير صحيح فى نظر الشريعة، فاذا كان متلقى الملكية عنه قد أهمل فى الحصول على حيازة العقار عند اتمام عقد البيع فانه يجب عليه أن يقيم الدليل على ملكية البائع• واذا كان العقار غير محدد بوضوح فى سند ملكيته فيجب عليه على الأقل أن يثبت عيوب حيازة خصمه الثابتة بوجه قطعى • فاذا لم يثبت شيئا من ذلك كان من الضرورى التسليم بحق ملكية الحائز •• وواقع الدعوى التى صـدر

---

(٦) أشار الأستاذ بول ديكرو فى مؤلفه سالف الذكر (فقرة ١٤٤) الى مجموعة احكام محكمة استئناف الرباط « بالفرنسية » — السـنة ١٩٢١ — ١٩٢٢ ، صفحة ٤٣ ، وذكر أن تاريخ الحكم هو ٣٠ نوفمبر ١٩٢٠ وقد وجد أن الحكم الوارد فى الصفحة المشـار اليها ، بل وبالتحـديد من صفحة ٤٢ الى ٤٥ هو حكم ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ وليس ٣٠ نوفمبر ١٩٢٠ وهذا الحكم كما سنبين فى المتن لا أصل له بما يدعيه الأستاذ ديكرو .

فيها هذا الحكم لا يبين منها على الاطلاق أن هناك تحفيظا تم خطأ أثناء نظر الاستئناف ، ولم تنته المحكمة الى التسليم بهذا التحفيظ الخاطيء كما يقول المؤلف المذكور . وانما انتهت الى الفصل في الموضوع لصالح أحد الخصوم ضد باقيهم طبقا للمباديء التي أشرنا اليها[٧] .

٢٣٤ ــ وخلاصة ماتقدم أن قرار محافظ الأملاك العقارية لايكون نهائيا غير قابل للطعن فيــه الا في حالة ما اذا لم يطعن أحد في قراره ، أو طعن فيه وأصبح الحكم الصادر في الطعن نهائيا غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن . فعندئذ لا يجوز الطعن على التحفيظ ويتطهر العقار نهائيا من كل حق لم يتقدم به صاحبه أثناء سير اجراءات التحفيظ .

٢٣٥ ــ ومع ذلك فان قرار محافظ الأملاك العقارية لا يكون نهائيا ولا يرتب التطهير la purge المشار اليه في حالات معينة هي :

---

(٧) تشير وقائع الدعوى موضوع هذا الحكم الى ان الحاج عمر التازي حصل من ورثة الحاج الجيلالي على ارض في اكتوبر ١٩١١ وادخل فيهــا بالحيازة الفعلية الأرض المتنازع عليها بينه وبين مارتينيه وشيوزا (المستأنف عليهما) اللتين اكتسبتا من هؤلاء الورثة على التعاقب ربعين من ملك عبارة عن ارض فضاء بعقدى بيع في ديسمبر ١٩١٣ ويناير١٩١٥ والربعان الباقيان كانا على الشيوع بين ورثة الجيلالي وبين مارتينيه وشيوزا. وادعت مارتينيه وشريكتها أن القطعة المتنازع عليها والتي أخذها التازي تظهر في استــمرار الملك الصادر لصالحهما عام ١٩١٥ . ولكن تبينت المحكمة أن اســتمرار الملك لا يفيد الا في بيان الحدين الشمالي والغربي ، وانه من المســتحيل في ظروف الدعوى تحديد ما اذا كانت الأرض المكتسبة للتازي ومارتينيه تتضمن القطعة المتنازع عليها أم تنازل عنها المتصرفون ورثة الجيلالي .

وعلى ذلك قضى لصالح التازي استنادا الى حيازته للأرض من وقت اكتسابه في اكتوبر ١٩١١ حيث ان ماتينيه وشريكتها اقرتا بهذه الحيازة دون ان تبينا عيونا لهـــا .

أولا : الدومين العام للدولة le domaine public : فالعقارات الداخلة فى الدومين العام للدولة لا تزول عن الدولة ملكيتها اذا تم بطريق الخطأ تحفيظها لصالح فرد من الأفراد . وقد استمد القضـاء هذا الحكم من كون الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها ولا تتملك بالتقادم . وتطبيقا لذلك حكمت محكمة استئناف الرباط فى ١١ يوليو ١٩٢٣[٨] بأنه :

"... en raison de leur caractère inaliénable et imprescriptible, les droits du domaine public ne peuvent être lésérs par l'immatriculation et subsistent, malgré la transformation du régime juridique qui en découle".

وبمثل ذلك قضت محكمة النقض فى قضية أرض محطة فاس فى ٢٨ من أكتوبر ١٩٥٧[٩] .

ثانيا : الحبوس : فالعقارات المحبوسة هى أيضا ــ كالأموال العامة ــ لا يجوز التصرف فيهـا ، ولا تتملك بالتقـادم . وعلى ذلك فان وقوع التحفيظ عليها لصالح فرد من الأفراد لا يزيل عنها الحبس ولا ينقل الى هذا الفرد ملكيتها اطلاقا .

---

(٨) R.C. 1923, pp. 187 et s.

(٩) R.C. 1958, p. 375.

الباب الرابع

أسباب كسب الملكية

٢٣٦ – أسباب كسب الملكية اما أن ترجع الى التصرف القانونى أو الى الواقعة القانونية . فيرجع الى التصرف القانونى : العقد والوصية والشفعة . الأول تصرف ينتج من تلاقى وتوافق ارادتين صحيحتين ، والثانى والثالث من ارادة منفردة .

ويرجع الى الواقعة القانونية : الاستيلاء والالتصاق والحيازة والميراث .

ولما كانت دراسة التصرف القانونى تلحق بنظرية الالتزامات بالاضافة الى أن الوصية والميراث موضوعات تدرس مع الشريعة الاسلامية كمصدر لها ، وان الشفعة قد بينا فى الباب الأول حالات الأخذ بها فى القانون المغربى . لذلك فاننا نقتصر فى هذا الباب على دراسة الاستيلاء والالتصاق والحيازة[1] .

---

(١) يلاحظ أن الشفعة هى واقعة قانونية مركبة من واقعة مادية هى بيع عقار شائع ومن تصرف قانونى هو اعلان ارادة الشفيع وقد رجحنا فيها جانب التصرف القانونى . والاستيلاء واقعة قانونية مختلطة تمتزج فيها الحيازة المادية بارادة من استولى على الشىء فى أن يتملكه فى الحال. ولكن العنصر المادى متغلب ولذلك يلحق الاستيلاء بالوقائع المادية . انظر فى هذا المعنى : السنهورى : الوجيز – ص ٢٣ هامش رقم ١ – وقارن ايضا السنهورى : الوسيط جـ ٩ فقرة ١ – ص ٧ حيث يغلب فى الشفعة جانب الواقعة المادية .

وعلى ذلك تقسم هذا الباب الى الفصول التالية :

الفصل الأول : فى الاستيلاء .

الفصل الثانى : فى الالتصاق .

الفصل الثالث : الحيـازة .

الفصل الأول

الاستيلاء .

٢٣٧ ــ الاستيلاء L'occupation صورة من صور الحيازة بقصد التملك . ويقع الاستيلاء على الأشياء التى لا مالك لها وعلى الأشياء المتروكة . فيقع على ما لا مالك له : كاصطياد الطير المحلق فى الجو ، واصطياد السمك فى عرض البحر ، وصيد الوحوش الضارية فى الصحارى أو فى الغابات الطبيعية . فمن يحوز منقولات من هذه الكائنات يتملكه بحيازته ، بل ان الفقه الفرنسى يذهب الى أنه لا يلزم أن يكون الصائد قد حاز الصيد فعلا وانما يكفى أن يكون قد قتله أو أصابه اصابة خطيرة، فصير ملكا له فاذا التقطه غيره لا يتملكه وانما يتملكه الصائد[1] .

٢٣٨ ــ وليس كل من يعثر على منقول يستطع أن يتملكه ، فان المنقول قيد يكون مملوكا لغيره ثم سرق أو ضاع . عندئذ لا يتملكه من يعثر عليه ولو كان حسن النية الا بشروط معينة هى مضى مدة ثلاث سنوات من يوم الضياع أو السرقة .

أما فى خلال هذه السنوات الثلاث فيكون لمن ضاع منه الشىء أوسرق أن يسترده ممن يكون هذا الشىء بين يديه . ولهذا الأخيرأن يرجع على من تلقى الشىء منه (الفصل ٤٥٦ مكرر التزامات وعقود ــ ظهير ٣ يونيو ١٩٥٣) .

---

(١) مازو : فقرة ١٥٨١ ــ ص ١٢٢٢ ؛ السنهورى : جـ ٩ ــ ص٢٢ هامش رقم ١ البدراوى : فقرة ٣٧٢ ــ ص ٤١١٤ ــ ص ٤١٩

وعلى العس من ذلك اذا كان صاحب الشيء قد تخلى عن حيازته وتركه قاصدا التخلى عن ملكيته ، فانه يفقد ملكيته[٢] ويرجع الشيء شيئا لا مالك له ، فيمكن أن يتملكه أى شخص آخر[٣] وعلى ذلك فان العبرة فى امكان تملك الشيء ليست بنية من يجده ، وانما بحسب نية من خرج الشيء من حيازته ، فاذا كان قد تركه قاصدا التخلى عن ملكيته أمكن لمن يجده أن يتملكه ، واذا كان خروجه من حيازته بضياع أو سرقة فلا يتملكه من يجده الا اذا مضت ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة • ومدة السنوات الثلاث هى من مدد السقوط لا التقادم • ولذلك لا يرد عليها الوقف والانقطاع • وعلى ذلك فان الفرق الأساسى بين المنقول الضائع والمنقول المتروك هو أن المنقول الضائع لم يتخل عنه صاحبه ، أما المنقول المتروك فهو منقول قصد مالكه التخلى عن ملكيته •

٢٣٩ — والاستيلاء يمكن أن يقع على الأشياء المادية دون المعنوية فاذا كان شخص قد كتب شعرا فى ورقة ، ثم عدل عنه الى غيره فألقى الورقة فى الطريق فعثر عليها شخص آخر ، فله أن يتملك الورقة

---

(٢) تنص المادة ٨٧٠ مدنى مصرى على أن : « من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه » . وتنص المادة ٨٧١ مدنى مصرى أيضا على أن : « يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته . وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . واذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له اذا لم يتبعه المالك فورا أو اذا كف عن تتبعه . وما روض من الحيوانات وألف الرجوع الى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له » .

(٣) ويمكن القول ان من يستولى على شيء غير مملوك لأحد يتملكه فى الحال وكذا من يستولى على شيء تركه مالكه قاصدا التخلى عن ملكيته. ولا ينظر هنا الى حسن نية أو سوء نية المستولى . أما اذا لم يقصد مالك الشيء التخلى عن الملكية فهو يبقى ملكا له لا يتملكه من استولى عليه الا بمضى ثلاث سنوات . ولا يخل هذا بأحكام القانون الجنائى المتعلقة بالأشياء المسروقة .

باعتبارها شيئا ماديا تخلى عنه مالكه . ولكن ليس له أن ينشر الشعر المكتوب فيها لأنه لا يتملك هذا الحق المعنوى بالاستيلاء بل هو ملك لكاتبه . وفى واقعة مصور رسم صورة ثم مزقها وألقاها فأخذها أحد المارة وجمع شتاتها ليعيدها الى أصلها ويبيعها حكم القضاء الفرنسى بألا حق له فى ذلك لأن هذا يعتبر نشرا للصورة[٤] .

٢٤٠ ـ نية التملك : يجب أن تتوافر فى الاستيلاء نية التملك وهذا هو العنصر المعنوى فى الحيازة ، ويتممه العنصر المادى وهوحيازة الشىء على ما قدمنا . وعلى ذلك فان الطفل غير المميز والمجنون لا يتملكان منقولا بالاستيلاء ؛ لأن نية التملك منعدمة بسبب انعدام التميز لديهما[٥]. ونية التملك لا تكسب الملكية فى الشىء الضائع بل فى الشىء الذى لا مالك له أو الشىء المتروك فقط .

٢٤١ ـ ولا يمنع من الاستيلاء وجود قوانين وقرارات ادارية تنظم الصيد فى أماكن معينة . فهذه النصوص تنظم الصيد لا ملكية الأشياء المصيدة[٦] .

---

(٤) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٦ ـ ص ١٦

(٥) السنهورى : جـ ٩ ـ فقرة ٦ ـ ص ١٧

(٦) مازو : فقرة ١٥٨١ ـ ص ١٢٢٢

الفصل الثانى

الالتصاق

٢٤٢ – الالتصاق L'accession هو اندماج شيئين متميزين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق سابق بينهما ، بحيث يتعذر الفصل بينهما دون تلف .

فيجب لتحقق الالتصاق أن يكون الشيئان متميزين عن بعضهما فاذا أجرى شخص اصلاحات فى ملك شخص آخر أو تحسينات ، فلاتنطبق أحكام الالتصاق لعدم تميز الاصلاح أو التحسين عن العقار وانما تنطبق أحكام أداء المصروفات . والثمار والمنتجات لا تعتبر متميزة عن الشىء لأنها متولدة عنه ولها أحكامها الخاصة .

ويجب أن يترتب على الاندماج تعذر الفصل بينهما دون تلف فاذا أخذ شخص عجلة من سيارة شخص آخر ووضعها فى سيارته فلاتنطبق أحكام الالتصاق لأنه يمكن فصل العجلة واعادتها الى صاحبها . والكنز لا تنطبق عليه أحكام الالتصاق لأنه يمكن فصله عن الأرض . أما أخذ الدقيق وصناعته حلوى أو أخذ تمثال معدنى وصهره وصناعة أوعية وأدوات منه فيجعل الفصل متعذرا .

ويجب أن يكون الشيئان لمالكين مختلفين . فمن يبنى فى أرضه بمواد يملكها لا يتملك بالالتصاق . فالالتصاق ينشىء ملكية جديدة . وانما يتملك بمقتضى ملكيته الأصلية .

ويجب أن يكون ثمة عقد بين المالكين قبل وقوع الاندماج ، اذ تطبق أحكام هذا العقد عند وجوده لا أحكام الالتصاق • فمن يعطى الى الصانع مادة يصنع له منها شيئا تنطبق عليه أحكام عقد المقاولة أو عقد العمل حسب الأحوال • ولعدم الاتفاق بين المالكين قد يقال ان أحكام الشيوع تنطبق ويتملك كل من المالكين بنسبة الشيء الذى يملكه • ولكن القانون فى أحكام الالتصاق لم يأخذ بهذ الحل لأنه غير مناسب من الناحية الاقتصادية ، ولذلك أعطى الملكية لأحد المالكين هو مالك الشيء الأصلى على أن يعوض الآخر • وتحديد الشيء الأصلى يسير كلما كان الأمر يتعلق ببناء اذ تعتبر الأرض دائما هى الأصل ، ولو قلت قيمتها عن قيمة البناء بكثير[1] • أما فى المنقولات فان المشرعين يترددون بشأنها بين أفكار مختلفة سنراها بعد قليل •

٢٤٣ ــ صور الالتصاق : للالتصاق صور ثلاث لا يخرج الأمر عنها فى جميع الحالات • وهى : التصاق منقول بمنقول ، والتصاق منقول بعقار ، والتصاق عقار بعقار • واليك بيان كل منها •

٢٤٤ ــ الصورة الأولى : التصاق المنقول بالمنقول : اذا تحققت الشروط التى ذكرناها[2] • انطبقت أحكام الالتصاق • والحكم فى هذه الحالة يختلف فى القوانين العربية : فالقانون المصرى (ومثله السورى والليبى) يقضى بأنه : « اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى

---

(١) السنهورى : جـ ٩ ــ فقرة ٨٩ ــ ص ٢٤٣ ــ ص ٢٤٥

(٢) ما سبق فقرة ٢٣٤

حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما[٣] » • وفى تطبيق هذا النص، قد يتبين أن أحد المـالكين له أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكيـة فلا تنطبق أحكام الالتصـاق ويقتصر الأمر على التعويض • فاذا لم يكن ذلك ، فان المحكمة لا تتقيد بحل معين ، وانما تقرر الحـل الذى ترى أنه يحقق العدالة ، فقد ترى اعتبار أحد الشيئين أصلا والآخر تابعا ، فتملكه لمـالك الشىء الأصلى جريا على سنة المشرع فى هـذا ، وتلزمه بتعويض مالك الشىء التابع ، وقد ترى أن مالك الشىء الأصـلى كان سيىء النية ، فتلزمه بتعويض أكبر جزاء على سوء نيته • وقد ترى قسمة الشىء الجديد بين المـالكين ، أو تمليكه لهما ملكية شائعة • فالأمر اذن ليس محددا فى حالة المنقول بحكم قاطع مقرر سلفا •

أما فى القانون العراقى فالحكم هو أن يتملك الشىء الجديد مالك المنقول الأكبر قيمة ، ويؤدى قيمة المنقول الآخر • ويشـترط لذلك أن يكون الالتصاق قد وقع قضاء وقدرا[٤] •

أما فى القانون المغربى فقـد ورد حكم جزئى لهذه الحالة فى باب المسئولية التقصيرية من تقنين الالتزامات والعقود ، ينص الفصل ١٠٤ على أن : « حائز المنقول ولو كان سيىء النية اذا حوله بعمله على نحو

---

(٣) المـادة ٩٣١ مدنى مصرى وتطابقها المـادة ٨٩٣ مدنى سورى والمـادة ٩٣٥ مدنى ليبى . انظر السـنهورى : جـ ٩ ـ ص ٣٢٦ هامش رقم ٣

(٤) المـادة ١١٢٥ من التقنين المدنى العراقى ونصها : « اذا التصق منقولان لمـالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة، ولم يكن هناك اتفاق بين المـالكين وكان الالتصاق قضاء وقدرا تملك صاحب المنقول الاكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته . انظر السنهورى فى نفس الموضع السابق .

يكسبه زيادة بالغة فى قيمته عما كان عليه وهو مادة أولية صاغ له أن يحتفظ به فى مقابل أن يدفع :

١ — قيمة المادة الأولية •

٢ — تعويضا تقدره المحكمة التى يجب عليها أن تراعى كل المصالح المشروعة للحائز القديم ، ومن بينها ما كان للشىء فى نفسه من قيمة معنوية •

« ومع ذلك يسوغ للحائز القديم أن يسترد الشىء الذى لحقه التحول ، اذا دفع للحائز الزيادة فى القيمة التى أعطاها للشىء وفى الحالتين يكون له حق الامتياز على كل دائن آخر » •

والنص المغربى لا ينظر الى الشىء الأكبر أو الأقل قيمة ، ولا الى الشىء الأصلى والشىء التابع ، وانما ينظر الى العمل الذى وقع على الشىء ، وأدى الى تحويله الى مادة أخرى أو سلعة آخرى فاذا كان العمل قد أكسب الشىء زيادة كبيرة فى القيمة ، كان له أن يحتفظ بالشىء المصنوع ولو كان هو سيىء النية ، على أن يدفع قيمة المادة الأولية ، وتعويضا لصاحب المادة الأولية تقدره المحكمة مراعية فيه كل المصالح المشروعة لصاحب المادة الأولية وقيمة هذه المادة فى نظره ، فقد تختلف قيمتها فى نظره عن قيمتها فى السوق نتيجة لأن الشىء ذو أهمية خاصة له أو يقترن بذكريات شخصية فى حياته ، كما اذا كان الشىء من الحلى الذهبية تملكها سيدة وكانت قد قدمت اليها فى مناسبة خطوبتها ، فأخذها آخر وصهرها وحولها الى حلى جديدة أكبر قيمة • وقد تكون القيمة الشخصية للشىء تساوى قيمة الشىء الجديد الكبيرة ، فيعتبر الشىء أنه لم تزد قيمته فى الحقيقة ، فاذا أراد طبقا للفقرة الأخيرة من النص أن يسترد هذا الشىء ، فهو يسترده ولا يدفع ان كانت هناك زيادة • وحق صاحب الشىء فى استرداده مضمون بحق امتياز قرره النص •

على أن الأمر قد لا يتعلق دائما بتحويل يرد على مادة أولية • ومن هنا نجد أن باقى صور التصاق المنقول بالمنقول متروكة لاجتهاد القضاء المغربى ، وهو بالضرورة يسترشد فى حكمه بقواعد العدالة ، ويراعى الضرر الذى حدث وحسن أو سوء النية لدى كل من المالكين ، أى أنه فى هذه الحالة يكون فى موقف شبيه بموقف القضاء فى قوانين الشرق العربى •

٢٤٥ ـ التصاق المنقول بالعقار : فى هذه الصورة يتحقق الالتصاق عن طريق البناء أو الغراس فوق أرض أو تحتها ، ولذا يسمى أيضا بالالتصاق الصناعى بالعقار • وينتج عن الالتصاق أن يصبح المنقول عقارا بطبيعته ، ولأن الأرض هى الأصل ، فان مالكها يتملك البناء أو الغراس ، ويكون على مالك المنقول أن يثبت كونه مالكا له ، لأن الظاهر كون البناء بمواده مملوك لمالك الأرض ، فعلى من يدعى العكس اثباته • والاثبات هنا يكون بكل الوسائل ولا يلزم الاثبات بالكتابة لأننا لسنا بصدد تصرف قانونى •

ويتحقق التصاق المنقول بالعقار فى ثلاثة فروض هى : أن يقوم شخص بالبناء أو الغراس فى أرضه بمواد مملوكة لغيره • أو يقوم بالبناء أو الغراس فى أرض غيره بمواد مملوكة له • أو يقوم بالبناء فى أرض غيره بمواد مملوكة لغيره • فما هو حكم القانون فى كل هذه الفروض ؟

١ ـ البناء والغراس بمواد مملوكة للغير : يقضى الفصل ١٧ من تشريع العقارات المحفظة بأنه اذا كان من الممكن نزع المواد أو المغروسات دون أن تكون قد تغيرت فلصاحبها أن ينزعها • أما اذا كان قد دخل عليها تغيير فان مالك الأرض يتملكها ويجب عليه أن يؤدى لصاحب المواد

أو المغروسات قيمتها وقت استعمالها أو غرسها ويكون لصاحب المواد أن يطالبه بتعويض أية أضرار أخرى أصابته[٥] •

٢ ــ البناء والغراس فى أرض الغير : هذا الفرض عكس الأول • وفيه وجد المشرع المغربى حكم البانى والغارس • فينص الفصل ١٨ من تشريع العقارات المحفظة على التفرقة ولا بين البانى أو الغارس سيىء النية وبين ذلك الذى يكون حسن النية • فالبانى أو الغارس سيىء النية هو الذى يبنى أو ينشىء فى أرض الغير بدون علم رب الأرض ، وهو يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، يكون لمالك الأرض الخيار بين أن يلزمه بازالة البناء أو الغرس على نفقة هذا البانى سيىء النية ، وبين الاحتفاظ بالبناء أو الغراس ويؤدى قيمة المواد فقط الى البانى سيىء النية •

أما اذا كان البانى أو الغارس حسن النية ، فلا يلزم بالازالة ، ولكن يخير المالك بين أداء قيمة المواد وأجرة العمل الى البانى أو الغارس ، أو أن يدفع له مبلغا يعادل ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء أو الغراس• وبطبيعة الحال سيختار مالك الأرض أقل هاتين القيمتين ليؤديها الى البانى أو الغارس •

---

(٥) هذا هو حكم القانون المغربى اما حكم القانون المصرى فهو : اذا امكن نزع المواد دون ضرر جسيم يلحق بالمنشآت كان لمالك المواد ان يطلب نزعها خلال سنة من يوم علمه باندماجها فى المنشآت ويكون نزعها على نفقة صاحب الأرض . فاذا لم يطلب ذلك خلال السنة او لم يكن ممكنا نزع المواد دون ضرر جسيم فان مالك الأرض يتملك المواد ويدفع قيمتها مع التعويض الى صاحب المواد . ويشترط لتملك المواد ان تكون مملوكة للغير فلم يتملكها صاحب الأرض اما لأنه سيىء النية أو لعدم وجود سبب صحيح يتملك به او لكون الأشياء مسروقة أو ضائعة ويشترط أن تتحد المواد بالأرض فلا يكفى تخصيصها لخدمة العقار . ويشترط اخيرا ان تكون مما يعتبر عرفا من أدوات البناء كالخشب والحجارة والحديد . ويراعى فى الحكم بالتعويض سوء نية البانى .

وقد ورد فى الفصل ١٣ من تشريع العقارات المحفظة حكم لحالة البذر فى أرض الغير للحصول على محصول معين من هذه الأرض ، ففرق كذلك بين الباذر سيىء النية والباذر حسن النية • فجعل المحصول لمالك الأرض للباذر سيىء النية ، وقرر أن المالك يتملك هذا المحصول دون تعويض يؤديه للباذر اذا لم يكن قد فات بعد موسم البذور ، فاذا فات وقت البذور لم يكن للمالك الا الحق فى الكراء • أما اذا كان الباذر حسن النية فان المحصول يكون له لا للمالك ، ويكون للمالك أن يحصل على الكراء اذا لم يكن قد فات موسم البذور ، فان فات لم يكن للمالك شىء (٦) •

٣ ــ البناء والغراس فى أرض الغير بمواد مملوكة للغير : فى هذا الفرض يتحقق الفرضان السابقان فى وقت واحد ، فيقع البناء بمواد ليست مملوكة للبانى فى أرض ليست مملوكة له أيضا • وهذه الحالة لم يعالجها المشرع المغربى بنص خاص • ويقرر بعض الفقه فى هذه الحالة

---

(٦) يفرق القانون المصرى فى هذه الحالة كذلك بين البانى والغارس بحسن نية أو بسوء نية . ففى حالة حسن النية ليس للمالك أن يطلب ازالة المبانى او الغراس. ولكن البانى هو الذى يكون له أن يطلب نزعها اذا لم يترتب ضرر جسيم بالمالك ... ويلتزم المالك بدفع قيمة المواد واجرة العمل او بدفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الارض بسبب المنشآت اى القيمتين اقل. وتقدر الزيادة فى قيمة الأرض وقت رفع الدعوى لا وقت البناء . وللبانى ان ينفذ على الأرض والبناء اقتضاء لحقه ، وله حق حبس العقار ، وللقاضي ان يحكم بتقسيط المبلغ المستحق للبانى . واذا كانت قيمة المنشآت جسيمة ترهق صاحب الارض ، كان للمالك ان يطلب تمليكها للبانى ، وعندئذ تملك له جبرا عليه ولا يعفيه من ذلك الا ان يطلب نزع البناء . اما فى حالة سوء النية فان المالك يحق له أن يطلب الى البانى الازالة على نفقة البانى نفسه مع تعويض المالك عن الاعتداء على ملكة بالبناء فى أرضه . ويجب أن يطلب المالك ذلك فى خلال سنة من علمه باقامة المنشآت . فان لم يفعل تملك بالالتصاق المنشآت والتزم بتعويض البانى باقل القيمتين : ما زاد فى ثمن الارض بسببها أو قيمة البناء مستحق الازالة ، اى قيمة البناء مهدوما ناقصا اجرة الازالة .

أن صاحب المواد لا يسترد المواد اذا دخل عليها تغيير بل يطالب البـانى بتعويض يوازى قيمتها . ويكون للبانى توقيع حجز تحفظى على مايترتب فى ذمة المـالك ازاء البانى أو الغارس من تعويض ، هذا ما لم يفضـل مقاضاته طبقـا لقواعد الاثراء بلا سبب . أما فى علاقة البانى بالمـالك فيفرض بين ما اذا كان البانى حسن النية وهو لا يجبر على نزع الأبنية ويدفع له المـالك قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسببها ، وبين ما اذا كان سيىء النية وهو يمكن اجباره على هدم البناء أو قلع الأغراس ما لم يفضل المـالك ابقاءها ودفع قيمـة المواد[٧] . أى أن هذه الحالة تطبق فيها أحكام الفرضين السابقين[٨] .

٢٤٦ — التصاق عقار بعقار : ويسمى أيضا بالالتصاق الطبيعى لأنه ينتج عن فعل الطبيعة ببعض العقارات ، حيث يغير نهر من الأنهـار مجراه أو يتخذ له مجرى آخر . وقد وردت أحكام هذه الصورة فى ظهير ١١ محرم سنة ١٣٣٤ هجرية (موافق فاتح أغسطس ١٩٢٥ م) المتعلق بنظام المياه .

وتتلخص الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع فى أن القانون يحدد عرض الضفاف الحرة لبعض الأنهار بستة أمتار مثل أنهار أبى رقراق وسـبو وملوية . ومترين بالنسبة لباقى الأنهار . وتبدأ هذه الضفاف الحرة من

---

(٧) الكزبرى : ص ٦٩ — ص ٧٠

(٨) حكم حالة البناء فى أرض الغير بمواد الغير ، فى القانون المصرى هو أن يتملك مالك الأرض البناء ، واذا كان البانى سيىء النية كان لصاحب الأرض الخيار بين الازالة والابقاء ، واذا كان حسن النية الزم بابقاء البناء مع تعويض البانى . اما مالك الأدوات فليس له استردادها ، ولكن له مطالبة البـانى بالتعويض . واذا ألزم صاحب الأرض البانى بالازالة كان لمـالك الأدوات أن يستردها لعدم تحقق الالتصاق وانتفاء حق المـالك فى الاستيفاء. ولمـالك الأدوات الرجوع على مالك الأرض بدعوى غير مباشرة لمطـالبته بما يكون للبانى قبله من تعويض .

آخر حد تصل اليه مياه النهر الجارية عند امتلائها وقبل الفيضان. وعندما يزيد ماء النهر فيغمر الضفاف الحرة أو بعضها ، يؤخذ من الأملاك المجاورة جزء يضاف لتكملة هذه الضفاف الحرة ويصبح ملكا للدولة . ولا تدفع الدولة تعويضا لملاك هذه الأجزاء التى تؤخذ بطول النهر بموازاة المجرى الجديد . ولا يكون لأصحاب هذه الأراضى المنزوعة سوى قلع كل الأجهزة والمنشآت التى وضعوها مع الغلة التى لم يكونوا قد جنوها . وبالعكس اذا كان مجرى النهر قد انحسر عن بعض الأراضى بحيث اتسع عرض الضفاف الحرة عن ستة أمتار أو عن مترين حسب الأحوال فانه يكتفى بجعل هذه الضفاف ستة أمتار أو مترين (كالمقرر) وتعطى الزيادة لأصحاب الأراضى المجاورة للضفة بلا مقابل[٩] . وهكذا نجد ملكية العقارات المتاخمة لمجارى الأنهار متأرجحة بين الدولة والأفراد بحسب ارتفاع وانخفاض منسوب المياه فى النهر على مدار السنة .

واذا حدث أن اتخذ النهر له مجرى جديدا ، فاما أن يتخلى عن المجرى القديم أو أن لا يتخلى عنه : فاذا ظل النهر شاغلا للمجرى القديم ولم يتخل عنه فان ملاك الأراضى التى اخترقها النهر فى مجراه الجديد لا يحصلون على أن تعويض فتصير أراضيهم جزءا من النهر أى من الأموال العامة ، بلا تعويض . أما اذا تخلى النهر عن المجرى القديم فان لملاك الأراضى التى احتلها المجرى الجديد أن يحصلوا على تعويض عينى أو على تعويض نقدى . فيعطى تعويض عينى اذا كان المجريان القديم والجديد يترقان أرضا لمالك واحد . فتعطى لهذا المالك أرض المجرى القديم وضفافه الحرة بدلا من الأرض التى فقدها فى المجرى الجديد . ويعطى التعويض نقدا ، اذا كان المجرى الجديد والمجرى القديم يشقان أملاكا لمالكين مختلفين ، فتقوم أرض المجرى القديم

---

(٩) الكزبرى : ص ٥٨

بواسطة خبراء يعينهم رئيس المحكمة الاقليمية للدائرة القضائية بناء على طلب من وزير الأشغال . ثم تعرض وزارة الأشغال على الملاك المجاورين أخذ هذه الأرض بتبليغ يوجه اليهم فان لم يصرحوا برغبتهم خلال ثلاثة أشهر من هذا التبليغ ، بيع المجرى القديم طبقا لقواعد بيع أملاك الدولة ، وتوزع حصيلة هذا البيع على ملاك الأراضى التى احتلها المجرى الجديد .

وتستتبع التغييرات المتقدمة تغييرا فى رسم الملكية وفى التحديد والخريطة ، « وتأذن المحكمة التى يوجد بدائرتها العقار فى هذا التغيير بناء على طلب يبت فيه بغرفه المشورة ومن غير أن يكون من الضرورى القيام بالاجراءات المفروضة فى المرسوم الملكى المتعلق بتحفيظ العقارات» (الفصل ٢٤ من تشريع العقارات المحفظة) .

والفرض فيما تقدم من التغييرات أن تقع بفعل الطبيعة لا بفعل الانسان[١٠] .

---

(١٠) أحكام التصاق العقار بالعقار فى القانون المصرى تقتضى التفرقة بين طمى النهر وطرح النهر والأراضى التى ينكشف عنها البحر والمياه الراكدة المملوكة للدولة . ففى صورة طمى النهر تتكون ارض مما يجلبه النهر من الطمى بطريقة تدريجية غير محسوسة وهذه الأرض تكون للملاك المجاورين بشرط أن تكون زيادة الأرض تدريجية نتيجة ترسيب الطمى عاما بعد عام أما اذا كانت الزيادة مفاجئة فتكون ملكا للدولة ، ويجب أن تكون الزيادة بفعل الطبيعة ، وأن تتصل بالأرض فان فصلها طريق أو مجرى ماء كانت ملكا للدولة ويجب أن تظهر زيادة الأرض فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت الفيضان العالى أما ما تحت هذا المنسوب فيكون ملكا للدولة لأنه جزء من مجرى النهر واذا كانت الزيادة فى أرض لملاك متعددين تملك كل منهم ما يقابل امتداد أرضه بتصور خط عمودى يقام لجهة النهر من نهاية كل أرض . وفى صورة طرح النهر تكون الأراضى التى ينزعها النهر وينقلها من جهة لأخرى ملكا للدولة وتؤجر حتى تتمكن هيئة الاصلاح الزراعى من بيعها لصغار الزراع ، ولا توزع الا بعد سنتين من ظهورها حتى تستقر ويعوض أصحاب كل النهر نقدا بخمسين مثلا للضريبة العقارية أما الأرض التى ينكشف عنها البحر فهى ملك للدولة الا اذا كانت ملكا لفرد ثم طغى عليها البحر .

الفصل الثالث

الحيــازة

٢٤٧ ـ أهمية الموضوع : ان الحيازة ترتب فى مجال القـانون آثارا هامة ، فهى تخول للحائز حسن النية حق تملك الثمار، وهى تكسب الحائز ملكية المنقول الذى لا مالك له فورا كما بينا فى الاستيلاء • وسنرى أن الحيازة المـادية قرينة على الحيازة القانونية ، وأن الحيازة القانونية قرينة على الحق •

ويبسط المشرع حمايته على الحائز ، فهو يحميه لذاته ، لأسباب لها وجاهتها نذكر منها :

أولا ـ ان الحائز هو فى أغلب الأحيان صاحب الحق ، ومن هنـا فان الحماية القانونية تكون فى أغلب الأحيان فى محلها •

ثانيا ـ ان الحائز الذى لم يكن صاحب الحق هو أيضـا يتمتع بالحماية القانونية ، لأن ظاهر الحال يسانده ويوحى بأنه صاحب الحق ، فاذا كان هناك شخص آخر هو صاحب الحق ؟ فهذا الشخص لا يجوز له أن يعتدى على حيازة الحائز ولا أن ينتزع حقه بالقوة ، بل عليه أن يلجأ الى القضاء مقدما الدليل الكافى على حقه فيحكم له به عندئذ • فالحماية القانونية هنا تتقرر للحائز بصفة مؤقتة ، أى ريثما يتمكن صاحب الحق من اقامة دعواه واثبات حقـه فتتحول اليه الحماية القـانونية • واذن فالحائز يحميه القـانون صـيانة للأمن وحفظا للنظـام فى المجتمع حتى لا يعتدى فرد على آخر، وحتى تؤخذ الحقوق بواسطة القضاء . لا بالعنف

والاعتداء . وهكذا تساهم نظرية الحيازة فى استقرار النظام واستتباب الأمن فى المجتمع [١] .

٢٤٨ ــ الحيازة يمكن أن تكون سببا لكسب الملكية أو لكسب حق عينى ، فملكية المنقول يمكن أن تكتسب بالحيازة بشروط معينة ، وملكية العقار غير المحفظ فى القانون المغربى يمكن أن تكتسب بالحيازة مدة معينة . والحيازة التى تكون سببا من أسباب كسب الملكية لها عناصر ولها صفات ، ويمكن انتقالها والاستخلاف فيها . وقد عنى الفقه بوضع نظرية عامة للحيازة نجمل فيما يلى خطوطها العريضة وأصولها :

٢٤٩ ــ تعريف الحيازة وبيان عناصرها : الحيازة هى سيطرة مادية لشخص على شىء يستعمله بصفته مالكا أو بصفته صاحب حق عينى على الشىء . وقد تستند الى حق أو لا تستند .

والحيازة لها عنصران : عنصر مادى وعنصر معنوى .

فالعنصر المادى للحيازة عبارة عن مجموعة من الأعمال المادية يقوم بها الحائز . وتشبه الأعمال التى يقوم بها عادة صاحب الحق وهذا العنصر يسمى أيضا بوضع اليد . والأعمال التى يقوم بها الحائز من أمثلتها : أن يحوز دارا فيسكنها بنفسه ، أو أرضا فيزرعها أو يبنى فيها . و لايكفى لتكوين هذا العنصر أن يقوم ببعض التصرفات القانونية كالبيع والتأجير . ويجب أن تكون الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز كافية للدلالة على وضع اليد أى أن تكون من الأهمية بحيث لا يثور الشك فى أن من يأتيها صاحب حق على الشىء طبقا للاستعمال المألوف . فيكفى فى تكوين العنصر المادى للحيازة مثلا : أن تكون هناك أرض للرعى

---

(١) البدراوى : فقرة ٤٧٩ ــ ص ٤٩١

فيستخدمها الحائز فى بعض فصول السنة حيث ينبت المرعى أو أن يحوز أكشاكا للاستحمام ويستخدمها فى فصل الصيف كما هى العادة •

أما العنصر المعنوى فهو نية اكتساب حق عينى على الشىء ، فالحائز يقصد أن يحوز الشىء لحساب نفسه ، سواء كانت نيته مشروعة أو غير مشروعة • أما من يضع يده على الشىء وهو لا يقصد استعمال حق عينى عليه فلا يكون حائزا قانونيا بل يكون حائزا عرضيا • ومثاله المستأجر والمزارع والمودع لديه والمستعير والحارس[٢] • وقد تجتمع فى شخص صفتا الحائز القانونى والحائز العرضى ، ومثال ذلك المنتفع فهو فيما يتعلق بحق الانتفاع حائز قانونى ، وفيما يتعلق بحق الرقبة أو بالملكية يعتبر حائزا عرضيا • ولذلك لا يتملك بالتقادم •

٢٥٠ — والفرق بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية . أن الحيازة القانونية تصحبها نية استعمال حق عينى على الشىء ، أما الحيازة العرضية أو الحيازة العادية فهى حيازة الشىء لحساب صاحب الحق عليه • وهما تشتركان فى الركن المادى وتختلفان فى الركن المعنوى والحائز العرضى يستند فى حيازته الى سند قانونى يخوله مباشرة بعض الأعمال : كالحفظ والحراسة والاستعمال والاستغلال• وهذا السند قد يكون اتفاقا

---

(٢) نحن نعرض هنا النظرية الشخصية فى الحيازة ، وهى النظرية التى ورثها التقنين المدنى الفرنسى عن القانونن الرومانى .. وهناك نظرية جرمانية هى النظرية المادية فى الحيازة ، وتنسب الى اهرنج ، وهى لاتعتبر عنصر القصد او النية عنصرا مستقلا عن الركن المادى فى الحيازة ، بل تعتبر الأعمال التى يتكون منها الركن المادى هى الأعمال الارادية التى يقصد بها الحائز تحقيق السيطرة المادية على الشىء . ويترتب على هذه النظرية ان الحائز لحساب غيره يعتبر حائزا كالحائز لحساب نفسه ، وأن الحيازة تمتد الى الحقوق الشخصية لا العينية فحسب ، وبالتالى فان المستأجر تحميه كل دعاوى الحيازة. انظر: السنهورى جـ ٩ — فقرة٢٦٦— ص ٨٠٥ — ص ٨٠٧

كما فى الايجار والوديعة ، وقد يكون قضائيا كالحراسة ، وقد يكون قانونيا كالولاية والوصاية . وسند الحائز العرضى يلزمه برد الشىء .

وعند الشك فى صفة الحيازة هل هى قانونية أم عرضية يفترض أن من يباشر الحيازة يحوز لحساب نفسه ، واذا كانت حيازته استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء فيها . والركن المعنوى فى الحيازة يفترض بمجرد وجود الركن المادى . وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه .

وتصح الحيازة لشخص بواسطة شخص آخر ، متى كان الوسيط يباشر الحيازة باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فى شئون الحيازة . وهذه الفكرة مستمدة من النظرية المادية فى الحيازة وهى نظرية جرمانية .

والحيازة المادية تعتبر قرينة على الحيازة القانونية لأن وجودها يجعل العنصر المعنوى مفترضا ، والحيازة القانونية قرينة على الملكية أو الحق .

٢٥١ ــ تغيير صفة الحيازة : اذا بدأت الحيازة عرضية استمرت بصفتها هذه الى أن يثبت واضع اليد تغيير صفة حيازة العرضية الى حيازة قانونية . والتغيير لا يكفى فيه مجرد القصد والنية ، بل يجب أن يتخذ مظهرا خارجيا قاطعا فى الدلالة على تغيير الصفة ويكون المظهر الخارجى باتباع أحد طريقين :

١ ــ يكون بفعل من واضع اليد ، يعارض به حق المالك وينكره ويعلن به أنه يحوز لحساب نفسه ، فاذا كان مستأجرا يكون تغيير صفة الحيازة ظاهرا فى صورة خارجية ، اذا امتنع عن دفع الأجرة ، مدعيا فى مواجهة المالك أنه يملك العين ، وأنه تلقاها عن سلفه بالميراث مثلا ،

وأن المؤجر مغتصب ، ولا يلزم أن يرفع دعوى لاثبات ادعائه ، بل يكفى لتوافر صفة الحائز فيه أن يتمسك بهذا الادعاء ولو فى غير ساحة القضاء. أما اذا قام المستأجر بهدم أجزاء من العين أو بناء أجزاء أخرى ، أو رهن العين لدائنه فهذا لا يؤدى الى تغيير صفة الحيازة ، لأنه لايجابه المالك بفعل ظاهر .

٣ ـــ ويتوافر المظهر الخارجى لتغيير صفة الحيازة بفعل من الغير . وذلك اذا اكتسب الحائز العرض عن طريق البيع أو المقايضة أو الهبة أو الوصية سندا من شأنه أن ينقل اليه الملكية أو حقا عينيا على الشىء ولو كان قد تلقاه من غير مالك بشرط أن يكون السند ناقلا للملكية أو منشئا للحق العينى وأن يكون الحائز حسن النية . ولا يلزم أن يعلن الحائز السند الجديد الى من صدر له منه سنده القديم بل يكفى أن يستمر فى حيازته بمقتضى السند الجديد .

وتغيير صفة الحيازة لا يفترض . بل على من يدعيه أن يقدم الدليل عليه . وتتبع فى تقديم الدليل ، القواعد العامة فى الاثبات . فان كان الحائز يستند الى وقائع مادية يستطيع أن يثبتها بكل طرق الاثبات . واذا كان يستند الى تصرف قانونى فيجب اثباته بالكتابة اذا زادت القيمة عن نصاب الشهادة . طبقا للقواعد العامة فى الاثبات .

٢٥٢ ـــ صفات الحيازة وعيوبها : يجب أن تكون الحيازة مستمرة ، فانقطاع الحيازة يعدمها لانعدام ركنها المادى ويجب أن تكون الحيازة هادئة خالية من الاكراه علنية خالية من الخفاء واللبس[٣] . وفيما يلى بيان هذه العيوب :

---

(٣) ديكرو : فقرة ٢ ـــ ص ١٤

١ ــ الاكراه يجب أن تكون الحيازة هادئة فلا يبدأها الحائز باستعمال العنف وأعمال التعدى أو التهديد ضد الحائز السابق . وقد تبدأ الحيازة هادئة ولكن الحائز لا يستطيع الاحتفاظ بها الا باستعمال القوة . وعندئذ لا تعتبر الحيازة معيبة . واذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة من الغير ، فان الحيازة تكون خالية من الاكراه من الوقت الذى يصبح فيه الحائز غير مضطر الى استعمال الاكراه ضد من اغتصب الحيازة منه ليحتفظ بها . والاكراه عيب نسبى . فهو قد يعيب الحيازة تجاه شخص معين ، بينما تكون الحيازة هادئة فى مواجهة غيره . وعندئذ لا يتمسك بالعيب الا من كان الاكراه ممارسا فى مواجهته .

٢ ــ الخفاء : صاحب الحق ليس من شأنه أن يستعمل حقه متخفيا. والحائز باعتباره مدعيا للحق يجب أن يمارس الحق علانية كذلك ــ ولكن لا يهم أن يكون المالك غير عالم بهذه الحيازة لكونه غائبا أو مهملا فى تتبع شؤون ملكه ، وانما المهم أن تكون الحيازة علنية . والخفاء يكون أكثر وقوعا فى المنقولات من العقارات . لأنه يصعب تصور الخفاء فى حيازة العقار . والخفاء عيب فى الركن المادى للحيازة . وهو عيب نسبى . وبزواله تصبح الحيازة صالحة لانتاج أثرها .

٣ ــ اللبس أو الغموض وهو عيب فى الركن المعنوى يؤدى الى الشك لدى من يحتج بالحيازة فى مواجهته حول ما اذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره . فحيازة الخادم منقولات مملوكة لسيده. يظن معها أن الحيازة لحساب السيد . وهذا العيب كذلك نسبى وهو أيضا مؤقت . واذن كان المالك قد سكت عن أعمال يقوم بها جاره تسامحا منه أو على أنه عمل مباح للكافة ، فهذا التسامح لا يؤخذ دليلا على وجود الحق مستندا الى الحيازة ، لأن الحيازة لا تقوم على عمل يأتيه شخص على أنه رخصة من المباحات ، ولا على عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح .

٢٥٣ ــ كسب وفقد الحيازة : قد يكتسب الحيازة الحائز نفسه ، وهذا هو الغالب . ولكن من الممكن أن يكتسبها شخص لحسابه ، و فى هذه الحالة يجب توافر الركن المعنوى لدى الحائز نفسه ، الا اذا كان الحائز عديم الإدراك فيكتفى بتوافره لدى ممثله القانونى الذى يمارس الحيازة نيابة عنه .

واذا كانت الحيازة بوسيط فيجب أن يكون الوسيط متصلا بالحائز اتصالا يجعله يأتمر بأوامره فى شأنها . والأموال العامة قابلة للحيازة فالأراضى التابعة لبلدية الاقليم مثلا تحوزها البلدية بواسطة سكان المدينة الذين يستعملونها الاستعمال الذى يتفق مع تخصيصها .

ويفقد الحائز حيازته بفقد أحد ركنيها ، أو بفقدهما معا . فاذا تصرف فى الشىء بالبيع وسلمه للمشترى فقد تخلى عن ركنى الحيازة المادى والمعنوى . واذا باعه واستبقاه فى يده كمستأجر فقد زالت الحيازة لأنه فقد الركن المعنوى وان بقى له وضع اليد . واذا فقد الشىء فقد الركن المادى ، فاذا اكتسبه شخص آخر بطريق قانونى زالت الحيازة نهائيا . ولكن اذا كان فقد الحيازة بسبب مانع مؤقت فلا تزول الحيازة ، كما لو كان فقدها بسبب احتلال اقليم أو بسبب فيضان أو بقوة قاهرة أخرى .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة استئناف فاس فى ٢٣ نوفمبر ١٩٦٤ بأن التقادم المقسط لا يسرى ضد من كان محجوبا عن مباشرة حقوقه بسبب الاضطرابات التى كانت موجودة فى تافيلالت حيث توجد الأرض موضع النزاع[٤] .

---

(٤) ديكرو : فقرة ٤ ــ ص ١٥

٢٥٤ — اكتساب العقار بالحيازة : لا تؤثر الحيازة على حق مالك العقـار المحفظ ، ولا تؤثر على من كان له حق عينى على هـذا العقار مسجلا • وانما يمكن أن تكسب الحيازة حق الملكية أو حقا عينيا آخر على عقار بمضى المدة اذا كان عقارا غير محفظ ، أى « ملكا » • والمدة اللازمة لاكتساب الملكية هى الحيازة المتصلة بالأوصاف التى ذكرناها مدة عشر سنوات ، الا اذا كان من تمارس فى مواجهته الحيازة أحد الأقارب أو الأصهار أو الشركاء فتكون المدة أربعون سنة • وتطبيقا لذلك حكم المجلس الأعلى فى الثـانى من فبراير سـنة ١٩٥٦ بأنه طبقـا للشريعة الاسلامية تنقضى دعوى الاسترداد بمضى عشر سنوات ، ولا يمكن أن ترفع على الأجنبى الذى مارس الحيازة مدة عشر سنوات حيازة هادئة غير متقطعة(٥) و (٦) والحقوق العرفية الاسلامية قد اكتسب الكثير منها بالتقادم المقسط لدعوى الاسترداد(٧) مع توافر الحيازة •

٢٥٥ — اكتسـاب المنقول بالحيازة : يكتسب المنقول أيضـا بالحيازة ، وذلك بالشروط التالية :

١ — أن تكون الحازة قانونية خالية من العيوب (الاكراه والخفاء واللبس أو الغموض) ، وأن تكون حيازة حقيقية وليست حكمية أو رمزية والحيازة الحكمية تكون باستمرار الحائز فى وضع يده ولكن لحساب

---

(٥) ديكرو : فقرة ٤ — ص ١٥

(٦) مدة اكتساب الملكية بالتقادم المكسب فى القانون المصرى هى ١٥ سنة فى العقار اذا كان الحائز سيىء النية . أما اذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح فهو يتملك العقار بمضى خمس سنوات . ويسرى التقـادم ضد مالك العقار المسجل لأن القانون المصرى يأخذ فى الاشهار بنظام السجلات العقارية الشخصية . وهو الآن فى طريق التحول الى نظام السجلات العقارية العينية حيث لا يكتسب حق بالتقادم على عقار مسجل .

(٧) ديكرو : فقرة ٥ — ص ١٥

من يخلفه ، أو استمراره واضعا يده لحساب نفسه • والحيازة الرمزية تكون بتسليم ما يرمز الى الشيء ، ومثاله تسليم سند يمثل البضائع المنقولة فى الطريق أو المودعة فى مخزن من المخازن العمومية • فالتسليم الحكمى أو الرمزى لا يصلح سببا لتملك المنقول (الفصل ٤٥٩ التزامات وعقود) •

٢ ــ أن يكون محل الحيازة منقولا قابلا للحيازة وللتعامل فيه ، فيكون منقولا ماديا لا معنويا ، فالمنقول المعنوى كالديون لا يكتسب طبقا لهذه القاعدة الا اذا تجسد فى صورة سند للحامل حيث يندمج الحق فى الصك ويجتمع لحائز الصك حقان : شخصى وعينى • ولا يمتلك بالحيازة المنقولات العامة كالآثار ولا المنقولات التى تكون عقارا بالتخصيص ، ولا المنقولات التى نظم القانون وسيلة لتسجيل الملكية والحقوق العينية عليها كالسفن والطائرات ، ولا المنقول الذى يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية مثل المحل التجارى •

٣ ــ أن يكون الحائز حسن النية ؛ أى يعتقد أنه تلقى الحق ممن يملك تقريره ، وحسن النية مفترض وعلى من يدعى العكس اثباته • ويجب أن يتوافر حسن النية وقت حيازة المنقول لا وقت تلقى الحق عليه ، ولا يهم أن يصبح الحائز سيىء النية بعد هذا الوقت •

٤ ــ أن يستند الحائز الى سبب صحيح : والسبب الصحيح سند يصدر من شخص ليس مالكا للشيء ولا صاحب الحق الذى يراد اكتسابه ومن شأنه أن ينقل الملكية أو الحق بذاته لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق •

ويشترط فى السبب الصحيح : أن يكون عملا قانونيا (كالبيع والهبة والوصية وحكم مرسى المزاد) فالميراث لا يصلح سببا صحيحا الا اذاكان المورث يحوز بسبب صحيح • ويجب أن يكون السـبب الصحيح ناقلا للملكية أو الحق العينى فالعمل الذى ينقـل الحيازة المـادية أو ينشىء الالتزام لا يصلح سببا صحيحا ، لأنه يكسب بحيازة عرضية ومثاله عقـد الايجار أو العارية أو الوديعة • ويجب أن يكون السبب الصحيح صادرا من غير المـالك لأن صدوره من غير المـالك هو الذى يجعـل الملكية لا تنتقل بالتصرف ، وانما تنتقل بالحيازة ، والمفروض أن الحائز لا يعلم بالعيب • ويجب أن يكون السبب الصحيح حقيقيا وموجودا ، فاذا كان صوريا أو سندا ظنيا أو باطلا أو لم يستوف الشكل ، أو كان ظاهره عقدا ناقلا وحقيقته غير ناقل ، فلا يكون سببا صحيحا •

والسبب الصحيح فى اكتساب المنقول يفترض كما يفترض حسن النية • فالحيازة المـادية للمنقول بنية اكتسابه تقوم قرينة بسيطة على وجود حسن النية والسبب الصحيح ، وعلى من يدعى عدم توافر أيهما أن يثبت ذلك • وقد نص على هـذه الأحكام الفصـل ٤٥٦ من تقنين الالتزامات والعقود بقوله « يفترض فى الحائز بحسن نية شـيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشىء بطريق قانونى وعلى وجه صحيح ، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل عليه • ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشىء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه » • أما افتراض حسن النيـة فيستمد من الفصـل ٤٧٧ من تقنين الالتزامات والعقود الذى يقول : « حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت » •

واذا توافرت الشروط سالفة الذكر ، فان الحائز يكتسب ملكية المنقول فورا ودون حاجة الى مضى مدة معينة(٨) ، وهذا لا يمس بطبيعة الحال بأحكام انقول المسروق أ والضائع .

---

(٨) يلاحظ ان هذه هى نفسها احكام تملك المنقول بالحيازة فى القانون المصرى .

الباب الخامس

الحقوق العقارية فى الفقه الإسلامى

٢٥٦ — للاحاطة بهذا الموضوع يحسن أن نعرض بعض تطوراته من الناحية التاريخية ، ومن خلال هـذا العرض تتبين بعض المبـادىء والقواعد الكبرى التى أرساها الاسلام فى هذا المجال • ثم نعرض للفقه الاسلامى وما استخلصة من أحكام لملكية الأراضى بالذات (١) •

وعلى ذلك سنقسم هذا الباب الى فصلين هما •

الفصل الأول : التطور التاريخى للملكية العقارية فى الاسلام •

الفصل الثانى : أحكام الملكية العقارية فى الفقه الاسلامى •

---

(١) يمكن الرجوع فى هذا الموضوع الى المراجع التالية :

— الدكتور محمد عبد الجواد محمد : ملكية الاراضى فى الاسلام — القاهرة ١٩٧٢

— ابو الأعلى المودودى : مسألة ملكية الأرض فى الاسلام — الكويت سنة ١٩٦٩



الفصل الأول

التطور التاريخي للملكية العقارية في الاسلام

٢٥٧ — كان العرب يعرفون نظام تحجير الأرض ، ومعناه وضع الحجارة على حدود الأرض للفصل بينها وبين الأراضي المجاورة ، وخصوصا اذا أراد شخص أن يستولى على أرض ليستصلحها ويزرعها • وهذه الحدود واجبة الاحترام ، فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه لعن من يسرق المنار ، ومعناه أن يأخذ الرجل من أرض جاره فى أرضه • وما دام هذا الفعل محرما فانه لابد وأن يلقى جزاء من القضاء ، بمعنى أن يحكم القاضى برد الأرض الى صاحبها • ومن ناحية أخرى فان المحتجر عليه أن يقوم باحياء الأرض أى أن يبدأ عمليات استصلاحها فى خلال ثلاث سنوات من التحجير ، فاذا فاتت هذه المدة سقط حقه فى هذه الأرض ، وكان لغيره أن يقوم باستصلاحها(٢) • وفى ذلك رعاية للمصلحة العامة وحرص على أن تؤدى الملكية وظيفة اجتماعية لا فردية فحسب • وبهذا لا تكون الملكية حقا دائما الا باستصلاح الأرض ، أما اذا لم يستصلحها الحائز فان الملكية تكون مؤقتة بالمدة المشار اليها وتنتهى بانتهائها •

وقد شجع الاسلام على اصلاح الأرض البور ، ففى الحديث الشريف :

---

(٢) الدكتور محمد عبد الجواد : الفقرات ٣٤ — ٣٦ — ص ٤٠ — ص ٤٢

« من أحيا أرضا ميتة فله رقبتها وليس لعرق ظالم حق » • ومن هذا الحديث يستخلص الفقهاء قاعدتين : الأولى : أن من يصلح أرضا ميتة ويزرعها يتملكها • والثانية : أن من يغتصب أرضا أحياها غيره لا يتملكها ويجبر على تركها لمن أحياها[٣] • والفرض فى الأرض البور أنها قبل استصلاحها لم يكن لها مالك •

٢٥٨ — وفى عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، توسعت الفتوحات شرقا وغربا فشملت بلاد الفرس والشام ومصر وشمالى أفريقيا • وثارت عند فتحها مشكلة الأراضى الزراعية الوفيرة فيها ، وهل توزع على الفاتحين أم يتخذ لها نظام آخر • وبدأت المشكلة بأرض السواد • وهى ما بين دجلة والفرات بالعراق ، فقد اختلفت الصحابة فى أمرها ، فكان رأى أغلبيتهم أول الأمر أن تقسم الأراضى كما يقسم الفىء (الغنائم)، وكان رأى عمر أن تبقى الأرض ملكا لبيت المال ، ينفق منها على شؤونهم من كان حاضرا منهم ومن يأتى بعد • ولما كان عمر يواجه أغلبية تتمسك بموقفها بحدة ، فانه لم يستبد برأيه وانما دعا الى الحوار بينه وبين ذوى الرأى ليقنعهم أو يقنعوه ، وبهذا الأسلوب الديمقراطى أرسل الى عشرة من الأنصار نصفهم من الأوس ونصفهم من الخزرج • فلما اجتمعوا قال لهم : انى لم أزعجكم الا لأن تشتركوا فى أمانتى فيما حملت من أموركم ، فانى كأحدكم وأنتم اليوم تقرون بالحق ، خالفنى من خالفنى ووافقنى من وافقنى ، ولست أريد أن تتبعوا هذا الذى هواى • معكم من الله كتاب ينطق بالحق ، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ما أريد به الا الحق • قالوا : قل نسمع يا أمير المؤمنين ، قال : قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أنى أظلمهم حقوقهم ،

---

(٣) الدكتور محمد عبد الجواد : الفقرات ٣٤ — ٣٦ — ص ٤٠ — ص ٤٢

وانى أعوذ بالله أن آركب ظلما . لئن كنت ظلمتهم شيئا هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت ، ولكن رأيت أنه لم يبق شىء يفتح بعد أرض كسرى، وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوجهم (رجالهم) فقسمت ما غنموا من أموال بين أهله ، وأخرجت الخمس فوجهته على وجهه ، وأنا فى توجيهه. وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوجها ، وأضع عليهم فيها الخراج ، وفى رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئا للمسلمين ، المقاتلة والذرية ولمن يأتى بعدهم . أرأيتم هذه الثغور لابد لها من رجال يلزمونها . أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لابد لها من أن تشحن بالجيش وادرار العطاء عليهم . فمن أين يعطى هؤلاء اذا قسمت الأرضون والعلوج ؟ فقالوا جميعا : الرأى رأيك ، فنعم ما قلت وما رأيت، ان لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجرى عليهم ما يتقون به رجع أهل الكفر الى مدنهم . فقال : قد بان لى الأمر . فمن رجل له جزالة وعقل يضع الأرض مواضعها ، ويضع على العلوج ما يحتملون ؟ فاجتمعوا على عثمان بن حنيف[٤] .

وبذلك ترك عمر أرض السواد لملاكها على أن يدفعوا عنها الخراج لبيت المال . وعين عمر حاكمين على هذا الاقليم وأمرهما بأن يقوما بمسح الأرض الزراعية وتقدير الخراج عليها ، مراعيا العدالة فى تقديره. حتى أنه من رحمته بأهل العراق قال عبارته الشهيرة : أما والله لئن بقيت لأرامل أهل العراق لأدعنهم لا يفتقرون الى أمير بعدى » . وفعل عمر مثل ما تقدم بأرض الشام ومصر .

وقد كانت هناك فى عهد عمر أرض محمية تسمى أرض الحمى وكانت مخصصة لرعى الماشية ، وكان عمر يوصى عامله عليها بأن يفضل الفقراء

---

(٤) محمد عبد الجواد : ص ٥٥ ــ هامش رقم ٢.

على الأغنياء (٥) . وكان عمر يتعاهد أرض الحمى بنفسه ليتأكد من عدم اساءة حق الانتفاع بها .

٢٥٩ — أنواع الأراضي المفتوحة : ليست فى الجزيرة العربية نسبة كبيرة من الأراضي الزراعية ، لأن أغلبها مناطق صحراوية ، والأراضي التى كانت بها اعتبرت عشورية أى تؤدى عشر غلتها لبيت المال . أما الأراضي المفتوحة ، فقد كانت ثلاثة أنواع :

١ — الأراضي التى أسلم أهلها دون حرب : وأراضيها تكون ملكا لأصحابها كما كانت قبل اسلامهم ، وتعتبر عشورية (تؤدى عشر المحصول) .

٢ — الأراضي التى عقد بين أهلها وبين المسلمين صلح : ويحدد عقد الصلح ملكتها ، وكانت تتخذ احدى صورتين : الأولى أن يتنازل أصحابها عن ملكة رقبة الأرض للمسلمين ، وينتفعوا هم بها مقابل أداء الخراج عنها . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز بيعها لأنها أصبحت مملوكة لبيت المال . وأن الخراج يعتبر فى حكم الأجرة مقابل الانتفاع ، ولذلك فانه اذا أسلم صاحب حق الانتفاع بها لا يسقط عنه الخراج باسلامه كما كانت تسقط الجزية . والصورة الثانية أن يتم الصلح على أن تبقى ملكية الأرض لأصحابها ، ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع هذه الأرض لأنها

---

(٥) كان عمر يقول لعامله : « أضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فان دعوته مجابة ، ادخل لى رب الصريمة ورب الغنيمة (أى الفقرا) ودعنى من نعم عثمان بن عفان وابن عوف ، فانهما ان هلكت ماشيتهما رجعا الى المدينة الى نخل وزرع ، وان هـذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء فى يصيح : « يا أمير المؤمنين » . والماء والكلأ أهون على من أن أغرم له ذهبا أو ورقا ، والله والله ان هذه لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام ، ولولا النعم الذى أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئا — انظر : محمد عبد الجواد — ص ٦٥ — هامش رقم ٣

مملوكة ملكية خاصة لأصحابها ، وان الخراج المفروض عليها يعتبر جزية فيسقط باسلام مالك الأرض •

٣ ــ الأراضى التى فتحها المسلمون عنوة : والراجح فى شأنها أن ملكية الرقبة لمجموع المسلمين أى لبيت المال ، ويتقرر حق الانتفاع لأهل البلد الذين كانوا يملكونها قبل الفتح ويؤدون عنها الخراج • ورغم ذلك فان العمل جرى فعلا على ملكية أهل هذه البلاد للرقبة والانتفاع ، وعليهم أداء الخراج[٦] • ولكن هذا لا يمنع الامام من أن يقوم بتقسيم أرض فتحت عنوة بين الذين غنموها وتصبح أرض عشر •

---

(٦) محمد عبد الجواد : فقرة ١٠٠ ــ ص ١١٤ ــ وقد صاغ هذا المبدأ محمد قدرى باشا فى المادة السادسة من كتابه مرشد الحيران : « أراضى مصر خراجية مملوكة فى الأصل لأربابها وما آل منها لبيت المال بسبب موت ملاكه مثلا بلا وارث فرقبته مملوكة لبيت المال وللامام ان يجعل منفعته الى المزارعين فى نظير اعطاء الخراج » .

الفصل الثاني

احكام الملكية العقارية فى الفقه الاسلامى

٢٦٠ ــ أساس التفرقة بين الأرض الخراجية والأرض العشورية :

يرى فقهاء الحنفية أن « العشر أليق بالمسلم والخراج أليق بالكافر » . وتعليل ذلك عندهم أن فى العشر بمعنى العبادة ، وهو أخف حيث يتعلق بنصف الخراج ، مأا الخراج فهو يشبه الجزية لما فيه من معنى العقوبة ، ولأن فيه تغليظا ، حيث يجب وان لم يزرع ، بخلاف العشر لتعلقه بالخارج لا بالأرض .

ولكن يؤخذ على رأى الحنفية أن من أسلم من أصحاب الأراضى الخراجية قد طلبوا الى عمر أن يجعلهم يدفعون العشر ، فرفض وألزمهم بالخراج كما كانوا ، ولو كان سبب الخراج كفرهم ، لأعفاهم منه عند اسلامهم .

لذلك يرى فقهاء آخرون أن أساس التفرقة بين الخراج والعشر قد يرجع الى طبيعة الأرض لا الى دين المالك . فالأراضى الزراعية فى البلاد المفتوحة كالعراق ومصر أرض خصبة وريها مضمون تقريبا ، واتتاجها مضمون أيضا ، فوضع الخراج عليها فيه حث للناس على الزرع لأنهم ملتزمون بدفعه زرعوا أو لو لم يزرعوا ، الا اذا كان عدم الزراع لسبب لا يد لهم فيه . بينما أرض العشر وبخاصة فى الجزيرة العربية فقد تكون خصبة وقد لا تكون ، وريها غير مضمون لاعتماده على الأمطار أو العيون ، فاذا تمكن صاحبها من زرعها وجب عليه العشر ، واذا لم يتمكن فلا يلتزم بشىء . وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال :

« ما سقت السماء ففيه العشر » • ويؤيد ذلك أيضا أن محمدا صاحب أبى حنيفة يرى أن « كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الأنهار فهى أرض خراج ، وما لم يصل اليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر • فهو يجعل معيار التفرقة يقوم على أساس مصدر الماء ، لأن نماء الأرض بمائها[١] » •

أما فى مذهب مالك فالرأى أن أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فمن أسلم منهم فان أرضه وماله للمسلمين ، لأن أهل العنوة قد غلبوا على بلادهم وصارت فيئا للمسلمين • وأما أهل الصلح فانهم قد منعوا أموالهم وأنفسهم حين صالحوا عليها فليس عليهم الا ما صالحوا عليه • والأراضى المنزوعة من البلاد المفتوحة عنوة يحتفظ بيت المال بملكية الرقبة فيها وتقطع امتاعا أى تعطى للانتفاع فقط ، الا اذا رأى الامام أن المصلحة تقتضى القسمة ، فله أن يقسم الأرض كما تقسم الغنائم • وفى مذهب الشافعى تعتبر كذلك أرض الصلح لأهلها ، أما أرض بلاد العنوة فتقسم بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بخبير • وفى مذهب الحنابلة تبقى أرض الصلح لأصحابها كذلك ، وما فتحه المسلمون عنوة يصير ملكا للمسلمين[٢] •

والمذاهب الفقهية كما نرى متقاربة فى اتجاهاتها •

ولعله من المفيد أن نلاحظ هنا أن ملكية الأرض فى البلاد المفتوحة كانت تتأثر باعتبارات سياسية ، هى كونها فتحت عنوة أو صلحا • وهذه الاعتبارات كان القصد منها فيما نعتقد هو التأثير على البلاد التى لم يتم

---

(١) محمد عبد الجواد : الفقرات ١١٠ — ١١٢ — ص ١٢٦ — ص ١٣٠

(٢) عبد الجواد : الفقرات ١١٣ — ١١٥ — ص ١٣٠ — ص ١٣٣

فتحها ، لأنها اذا عرفت أن صلحها مع المسلمين أكثر فائدة لها من القتال، قبلت الصلح وحقنت دماءها واستبقت أرضها ومالها .

٢٦١ ـ أحياء الموات : والموات هى الأرض التى لم يكن فيها أثر بناء ولا زرع ، ولم تكن فيئا لأهل القرية ، ولا مسرحا ولا موضع مقبرة ولا موضع محتطبهم ولا موضع مرعى دوابهم وأغنامهم ، وليست بملك لأحد ولا فى يد أحد ، وتكون هذه الأرض دائما خارج البلد .

وحكم هذه الأرض عند أبى حنيفة أن من أحياها أى استصلحها فهى له اذا أجازه الامام . أما من أحياها بغير اذن الامام فليست له وللامام أن يخرجها من يده ويضع فيها ما رأى من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . ولكن أبا يوسف وكثير من فقهاء الأحناف لا يأخذون برأى الامام أبى حنيفة . ويعلل أبو يوسف رأى أبى حنيفة بأنه يقصد الفصل بين الناس لمنع حدوث الخلاف بنهم حول تملك هذه الأرض ، ويرى الحنفية أن الذمى يملك الأرض الموات باحيائها كالمسلم .

وفى مذهب الامام مالك لا حاجة الى اذن الامام باحياء الأرض وتملكها اذا كانت الأرض بعيدة عن العمران . أما الأرض القريبة من العمران فلا يجوز احياؤها الا باذن الامام . ويكون الاحياء عند مالك بشق العيون وحفر الآبار وغرس الشجر وبناء البنيان والحرث ، فان فعل شيئا من ذلك فقد أحياها .

وفى مذهب الامام الشافعى هناك نوعان من الأرض الموات : الأول هو الموات الذى كان عامرا لأهل معروفين فى الاسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتا لا عمارة فيه ، فذلك لأهله كالعامر لا يملكه أحد أبدا الا عن أهله ، فلا يتملك بالاحياء . والثانى هو ما لم يملكه أحد فى الاسلام

يعرف ، ولا عمارة ملك فى الجاهلية أو لم يمالك وهذا يتملك بالاحياء . ولا يحتاج الى اذن السلطان .

٢٦٢ — القيود على ملكية الأراضى : وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض القيود على ملكية الأراضى ، أهمها عدم الاضرار بالغير، وكيفية توزيع المـاء الجارى بالنسبة للأعلى والأسفل من الأرض حيث قضى فى مهزور وادى بنى قريظة بأن المـاء الى العقبين لا يحبسه الأعلى على الأسفل ويحبسه الأسفل على الأعلى .

ووضـع عمر بن الخطاب قيودا أخرى منهـا منع تملك الأراضى الزراعية التى فتحت عنوة ، وتقريره حق المجرى للأرض المحبوسة[٣] . كذلك توسع الفقهاء فى شرح قيود ملكية الأراضى خاصة ما يتعلق بالجوار والملكية الشائعة وحق المرور والمجرى والمسيل .

٢٦٣ — الملكية الفردية فى الاسلام : الملكية الفردية لم تكن مقررة فى فجر التاريخ كما رأينا من قبل ، فى العرض التاريخى للملكية فى الباب الأول ، وانما كانت الملكية جماعية . وقد وجد الاسلام الصورتين ، فأقرهما وبسط حمايته عليهما .

فالملكية الفردية يحميها الاسلام ضمن حمايته لنفس المسلم وماله . ففى الحديث الشريف يقول صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه » ويقول : « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » .

---

(٣) كانت أرض لرجل من الانصار لا يصل اليها المـاء الا فى حائط لمحمد بن مسـلمة فأبى محمد أن يدع المـاء يمر فى أرضه ، فقال له عمر : أعليك فيه ضرر ؟ قال : لا . قال : فو الله لو لم أجد له ممرا الا على بطنك لأمررته . عبـد الجواد : فقرة ٦٦ — ص ٧٢ — ص ٧٣ . وفقرة ١٢٨ — ص ١٥٣ — ص ١٥٤

غير أن الملكية الفردية فى الاسلام ليست مطلقة ، فقد رأينا بعض القيود التى ترد عليها ، ومنها ما يستهدف اضفاء الطابع الاجتماعى على حق الملكية ، كما فى حالة تحجير الأرض لاستصلاحها ، فاذا فاتت ثلاث سنوات دون أن يشرع فى الاستصلاح انحسرت حماية الشريعة عنه ، فيكون لغيره أن يستصلحها .

ومن أبرز القيود التى ترد على حق الملكية الفردية منع الضرر والضرار كما جاء فى الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » . وقد استخلص الفقه من هذا الأصل الكبير قواعد كثيرة صاغتها مجلة الأحكام العدلية فى نصوص كثيرة ، هاك نصها :

- المادة ١٩ : « لا ضرر ولا ضرار » .
- المادة ٢٠ : « الضرر يزال » .
- المادة ٢٥ : « الضرر لا يزال بمثله » .
- المادة ٢٦ : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .
- المادة ٢٧ : « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » .
- المادة ٢٨ : « اذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما » .
- المادة ٢٩ : « يختار أهون الشرين » .
- المادة ٣٠ : « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » .
- المادة ٣١ : « الضرر يدفع بقدر الامكان » .
- المادة ٨٧ : « الغنم بالغرم يعنى أن من ينال نفع شىء يتحمل ضرره » .

ـ المـادة ٩٦ : « لا يجـوز لأحـد أن يتصرف فى ملك الغير بلا اذنه » .

ـ المـادة ٩٧ : « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سـبب شرعى » .

وقاعدة منع الضرر تقتضى الموازنة بين المصالح المتعارضة لترجيح بينها ، ومن التطبيقات القضائية لذلك فى الاسلام أن سمرة بن جنـدب كان له نخل فى حائط (بستان) رجل من الأنصار ، وكان يدخل هو وأهله فيؤذيه . فشكا الأنصارى ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسـلم ، فقال لصاحب النخل : بعه ، فأبى ، قال الرسول : فاقطعه . فأبى ، قال: فهبه ولك مثله فى الجنة . فأبى . فالتفت الرسول له وقال : أنت مضار . ثم التفت الى الأنصارى وقال : اذهب فاقلع نخله .

٢٦٤ ـ الميراث كنتيجة للملكية الفردية : أقر الاسـلام الميراث بحسب درجات القرابة ، وهو يعتبر ثمـرة من ثمار الملكية الفردية . والميراث من النظم القليلة التى وردت كل تفاصيلها فى القرآن الكريم . ومع ذلك فان من الاشتراكيين المتطرفين من ينكر على الاسـلام اقراره لهذا النظام لأنه يعطى الوارث مالا لم يكن له دور فى كسبه .

والشىء الذى يؤسف له أن بعض المسلمين يرددون هذا النقد بحسن نية أو بسوء نية[٤] .

---

(٤) يجب الحذر من ترديد مثل هذا النقد ، لأنه ينكر معلوما من الدين بالضرورة . فمن يقول بهذا النقد يخرج من الاسلام ، وعليه قبل أن ينكر نظاما أقره الاسلام أن يعلن أولا أنه لم يعد مسلما ، أو أنه مرتد. فاذا لم يعلن ذلك كان على سامعيه أن يستحضروا فى أذهانهم أن هذا الناقد ينتمى الى ملة أخرى غير الاسلام ، اذ لا يتفق ادعاؤه الاسلام مع انكاره شيئا من مبادئه، فالدين لا يتجزأ .

ومن الواضح أن التركة اذا لم تكن من حق الورثة كانت من حق الدولة • ولا شك فى أن الانسان اذا عرف أن ماله سيؤول من بعده الى أولاده ، فانه يبذل قصارى جهده فى ايجاد المال الذى ينفعهم بعد وفاته• وهذا أعظم حافز على العمل ، أما اذا عرف أنه سيؤول الى الحكومة ويحرم منه أولاده ، فان الحافز الأساسى على العمل من أجل اكتساب المال يفتر ، فلا يؤدى الشخص من العمل الا الحد الأدنى المطلوب منه ، وما يكسبه سوف يتحايل على توصيله الى أولاده أثناء حياته ، فان لم يكن له أولاد حرص على انفاقه حتى لا يبقى منه على شىء • أما أن المال يؤول الى وارث لم يبذل فيه عملا ، فان هذا الوارث عليه أن يعمل بهذا المال ويستثمره ، فان لم يفعل فان المال سيخرج من يده لا محالة بنسبة ٢,٥٪ سنويا هى قيمة الزكاة المطلوبة منه ، بحيث اذا سكت عن استثماره أربعين سنة تبخر المال من يده نهائيا ، ووصل الى الصفر ، وانتقل جميعه الى يد الدولة •

على أن التطبيق الخاطىء لنظام الميراث ، أدى فى بعض المجتمعات الاسلامية الى نتائج تتنافى مع روح هذه الشريعة السمحة • وقد سجلت هذه النتائج فى تقارير وضعها بعض خبراء هيئة الأمم المتحدة الذين أوفدتهم الى ليبيا عقب استقلالها عام ١٩٥١ ، حيث لاحظوا تجزئة الأرض تجزئة بالغة نتيجة نظام الميراث ، وساق أحدهم مثلا : شجرة زيتون واحدة توجد فى غريان بطرابلس يمتلكها ستون شخصا ، منهم خمسة عشر شخصا يسكنون بنغازى ، وقد سبب تقليم هذه الشجرة مشاكل لا تحل• ونتيجة لذلك ظلت هذه الشجرة غير مثمرة • ولكن هؤلاء الخبراء الأجانب لا يعرفون أن الشريعة الاسلامية تتضمن فى أحكامها قواعد تحمى من تجزئة الملكية ، بعضها اجبارى ، كحالة عدم امكان قسمة المال الموروث وبيعه وتقسيم ثمنه • وبعضها الآخر اختيارى مثل

التخارج من التركة مقابل مبلغ يتفق عليه[٥] ، فمصدر الاضطراب فى مثل هذه الأحوال ليس نظام الميراث الشرعى ، وانما هو عدم تطبيق النظام الاسلامى كاملا .

٢٦٥ ــ الملكية الجماعية فى الاسلام : للملكية الجماعيةفىالاسلام صور مختلفة منها الحمى ، والوقف ، واشتراك الناس فى الماء والكلا والنار ، والملكية الجماعية لرقبة الأراضى الزراعية فى البلاد التى فتحت عنوة . وقد رأينا بعض أحكام هذه الصور فى الفقرات السابقة من هذا الفصل .

٢٦٦ ــ تحديد الملكية والتأميم : يثير هذا الموضوع خلافا بين الفقهاء المسلمين المحدثين ، فبعضهم يرى عدم جوازه والبعض يرى جوازه كحل مؤقت ، والبعض يرى جوازه دائما . ولكل فريق أسانيده وحججه واليك أهمها :

٢٦٧ ــ حجج القائلين بعدم جواز تحديد الملكية والتأميم : سنقدم الحجج التى قبلت والرد عليها واحدة واحدة .

١ ــ يقول معارضو التأميم وتحديد الملكية : ان الله قد أنكر على المشركين ما هو أخف من تحديد الملكية ، فقال تعالى : « وقالوا هذه أنعام وحرث حجر لا يطعمها الا من نشاء بزعمهم وأنعام حرمت ظهورها» . فقد أنكر عليهم تحريم بعض أنواع اللحوم على بعض الناس ، وتخصيص نتائج بعض الأنعام للذكور دون الاناث ، ثم اشتراك الذكور والاناث فى الميتة . فاذا كان الاسلام يحرم اتيان مثل هذه الأمور ، فهو من باب

---

(٥) عبد الجواد : فقرة ١٤٩ ــ ص ١٩٠

أولى يحرم ما هو أشد منهـا وهو تحديد الملكية لأنه ينزع من مالك الأرض القدر الزائد عن الحد الأقصى المسموح به •

ولكن هذه الحجة يرد عليها بعض الفقهاء بأن تحديد الملكية يختلف عن ضروب التحريم الواردة فى الآية المذكورة من ناحية السبب ومن ناحية الغرض • فمن ناحية السبب تدل الآية على أن سـبب استنكار أفعال المشركين هو جهلهم وتقريرهم الحل والحرمة افتراء • أما السبب فى تحديد الملكية فهو مصلحة عامة للرعية تتجه الى تحقيقها الحكومة • ومن ناحية الغرض ، فان نتيجة أفعـال المشركين كانت تخصيص جانب من أموالهم لفريق دون فريق ، وتحريم بعضها ، أما التـأميم فهو ينقل ملكية بعض الأموال من الأفراد الى الدولة بمقابل أو بغير مقابل ، وتحـديد الملكية ينقل الجزء الزائد عن الحد الأقصى المقرر الى الدولة لحاجة المجموع •

٢ ـ يستدلون كذلك على عدم جواز التأميم وتحديد الملكية بالآية: « وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » • ومن المعروف أن هذه الآية قد سيقت اعتراضا على اتجاه سيدنا عمر بن الخطاب نحو تحديد مهور النساء بما لا يزيد على اثنتى عشرة أوقية ، مستدلا على ذلك بفعل الرسول صلى الله عليه وسلم ، وقال فى ذلك عمر رضى الله عنه : « لا تغالوا فى صدقات النساء ، فانها لو كانت مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله ؛ لكان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتى عشرة أوقية » ؛ فاعترضت عليه امرأة وهو يخطب بذلك قائلة : ليس ذلك لك ولا لغيرك وقد قال الله تعالى : « وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا » • فقال عمر : « امرأة أصابت ورجل أخطأ • كل الناس أفقه منك يا عمر » • ورغم أن تحديد المهور فيه مصلحة اجتماعية فان عمر قد كف عنه • فأولى أن يكون ذلك فى تحديد الملكية والتأميم •

ويرد فقهاء آخرون على ذلك بأن تحديد المهور يجعل المال الزائد يبقى للزوج • أما تحديد الملكية فيجعل القدر الزائد فى يد الدولة تستخدمه لمصالح الرعية • فتوزع الأرض على عدد أكبر من الملاك بدلا من تجميعها فى أيد قليلة ، وتحديد المهور أمر يجوز تركه لمصلحة خاصة ، أما تحديد الملكية فلا يجوز تركه لأن فيه مصلحة عامة •

٣ — يستندون كذلك فى رفض التأميم وتحديد الملكية الى أن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه الى سبع أرضين » • وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أوجب احترام عقد الصلح ولم يأخذ شيئا من أراضى من صالحهم[٦]•ولم يتعرض لشىء مما كان فى أيدى المهتدين الى الاسلام •

واحترام الملكية الفردية ضرورة ، فلا يجوز للأفراد أن يغتصبوا شيئا منها فى علاقاتهم • ولكن اذا ترتب على تضخم الملكية الفردية تضخم طبقة المعدمين ، فلا شك فى أن هذا الضرر العام وهو حالة طبقة المعدمين. يزال بأن يتحمل الملاك بعض الضرر وهو ضرر خاص ، فى سبيل هذه المصلحة العامة ، فتأخذ الحكومة منهم ما ترده على الفقراء • وقد قال عمر فى نهاية حياته : « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء فرردتها على الفقراء » • أما عقد الصلح فلا مفر من الوفاء به ، وأما عدم التعرض لملكيات من دخل فى الاسلام من العرب ، فانه من المعروف أن المساحات الزراعية فى الجزيرة العربية كانت محدودة فلم تكن تدعو الى التحديد ، ولم تكن هناك مصلحة لطبقة معينة • وانما وجدت

---

(٦) وعن عروة أن رجلا غرس فى أرض رجل من الانصار من بنى بياضة نخلا ، فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم . فقضى للرجل بأرضه، وقضى على الآخر أن ينزع نخله . قال : فلقد رأيتها يضرب فى أصولها بالفؤوس ، وانها لنخل عم (أى طوال) : عبد الجواد — ص ٢٤٦ هامش رقم ١ نقلا عن كتاب الأموال لأبى عبيد .

في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم صور من الانتفاع بلا مقابل تتمثل في نهيه عن كراء الأرض بعد الهجرة الى المدينة . وكان ذلك يرجع الى أن المهاجرين كانوا فقراء تركوا أموالهم وديارهم في سبيل الله . فكان نهي ملاك الأراضي عن أخذ الكراء منهم توجيهـا الى مراعاة حالتهم ، وبذلك تملك هؤلاء المزارعون من المهاجرين المنفعة بلا مقابل .

٤ ــ يقول نفاة التأميم وتحديد الملكية ان نظام الزكاة هو أساس التكافل الاجتماعي في الاسلام ، وهو وحده كاف ، ويغني عن الالتجاء الى التأميم وتحديد الملكية .

والواقع أن ما يدعو الى التأميم وتحديد الملكية قد يكون هـو تدهور الحال والتخلف الذي وصل اليه المسلمون نتيجة ضعف دولتهم وتمزقها وانهيار الحضارة الاسلامية ، وقد لا تسعف وسيلة الزكاة ــ اذا طبقت ــ في معالجة هـذه الجوانب الاقتصـادية معالجة سريعة ، فلا يكون هناك مانع كما يرى بعض الفقهـاء من الأخذ بمبـدأ التأميم أو بمبدأ تحديد الملكية كعلاج أو حل مؤقت حتى يجتاز المسلمون المرحلة الصعبة في تخطي التخلف .

٥ ــ قالوا ان الاسلام لم يضع حدا على نوع من أنواع الملكية من حيث الكمية ، فيجوز للانسان أن يتملك بالوسائل المشروعة ما يشاء من الأشياء المباحة ، اذا أدى ما يتعلق بها من الواجبات والحقوق الشرعية .

وعلى ذلك فان هذه الحجة بمفهوم المخالفـة تترك الباب مفتوحا للتأميم وتحديد الملكية اذا كان التملك بوسائل غير مشروعة ، أو اذا كان بوسائل مشروعة ولكن لم تؤد الواجبات والحقـوق الشرعية المتعلقـة بحق الملكية .

٦ ــ قالوا ان الملكية الفردية للأرض هي الصورة الفطرية الصحيحة الوحيدة في نظر الاسلام .

ويرد على هذه الحجة بأن هناك أنواعا من الملكية الجماعية يقرها الاسلام .

٧ ــ يقولون ان تحديد الملكية غصب أو تحجير يحرمه الاسلام ولم يحدث في تاريخ الاسلام أن أخذ مال غني بغير رضاه وأعطى لفقير .

وقد رد على ذلك بعض الفقهاء بأن عمر بن الخطاب قد أخذ أرض بني ثعلبة وكانت مملوكة ملكية خاصة ، فحماها أي جعلها حمى وهو نوع من الملكية الجماعية . وشاطر عمر كذلك كثيرا من ولاته أموالهم دون تهمة ظاهرة ، ولو كانت هناك تهمة ظاهرة لصادرها كلها(٧) .

٢٦٨ ــ حجج القائلين بجواز تحديد الملكية والتأميم : تتلخص هذه الحجج فيما يلي :

١ ــ ان المال مال الله ، والانسان خليفته عليه ، والله سبحانه وتعالى يقول : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » . فما خلقه الله انما خلقه للناس جميعا ليستفيدوا به ، فلا اختصاص لأحد منهم . ولكن يكون لكل انسان أن يكتسب الأموال ــ والناس يتساوون في هذا الحق ــ في حدود العدالة ونواميس العمران ومقتضيات الاجتماع ، التي جاء الاسلام بأصولها .

٢ ــ ان الاسلام يرشد الى مراعاة الفقراء في المال ، فالفيء يقسم على الفقراء كما فصل الرسول صلى الله عليه وسلم في أموال بني النضير

---

(٧) عبد الجواد : فقرة ٢٠٥ ــ ص ٢٦٧

بعد اجلائهم ، حيث وزع الرسول منها على المهاجرين دون الأنصار ، وأعطى اثنين (أو ثلاثة) من الأنصار منه لفقرهما .

٣ ـ فى الحديث الشريف : « الناس شركاء فى ثلاثة : فى الماء والكلأ والنار » ، وهذا الحديث قاعدة أساسية فى الملكية الجماعية ، حيث يقرر اشتراك الناس فى هذه الأشياء الأساسية ، فى الماء وهو حياة الانسان والحيوان ولا غنى عنه ، وفى الكلأ الذى ترعى فيه الحيوانات التى يستخدمها الانسان فى غذائه أو فى ركوبه ، وفى النار مصدر الضوء والتدفئة والوقود اللازم لنضج الطعام . ويقيس بعض الفقهاء على هذه الأشياء ما كان فى مثل أهميتها لحاجة الناس . بل أن الحديث الشريف يعتبر هذه الأشياء ليست قاصرة على المسلمين أو المؤمنين ، وانما قال « الناس شركاء .. » فتشمل الاستفادة منها المسلم وغير المسلم لأن له حقا فى الحياة تحترمه شريعتنا .

٤ ـ ان الاسلام قد شرع نظام الوقف حيث يحبس أصل العين بمعزل عن الملكية الفردية وعن التصرف ويجعل الغلة توجه الى الخير والبر العام .

٥ ـ ان الحمى وهو صورة من الملكية الجماعية يدل على أن تأميم الأرض لضرورة الدولة والمجتمع جائز . وقد فعله عمر بن الخطاب حث نزع ملكية خاصة كما تقدم ليجعل منها حمى ، وهى أرض بنى ثعلبة، ولما اعترض عليه رجل منهم قائلا : « يا أمير المؤمنين : حيث بلادنا ، قاتلنا عليها فى الجاهلية ، وأسلمنا عليها فى الاسلام » . يرددها عليه مرارا وعمر واضع رأسه ، ثم رفع رأسه وقال له : « البلاد بلاد الله ، وتحمى لنعم مال الله ، يحمل عليها فى سبيل الله » .

٦ ــ ان عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضى الله عنهما قد نزعا ملكية بعض الدور المجاورة للمسجد الحرام حين ضاق بالناس فى عهد كل منهما ، وقبل بعض ملاك الدور بيعها لبيت المال ورفض البعض الآخر ، فلجأ كل منهما الى أخذ هذه الدور منهم قسرا وذلك فى مقابل دفع ثمنها لهم(٨) .

٧ ــ رأينا من قبل أن عمر بن الخطاب يسمح لماشية الفقراء بأن ترعى فى أرض الحمى ، أما ماشية الأغنياء كعثمان بن عفان ، فكان يمنعها من ذلك .

٨ ــ ان الاسلام يقرر نظام الشفعة ، رغم ارادة المشفوع منه ، وذلك ليدفع عن الشفيع الضرر المحتمل ، والشفعة تنزع العقار من المشفوع منه .

٩ ــ ان الاسلام يمنع الاحتكار ففى الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا يحتكر الا خاطىء » وروى عن الامام مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال : « لا حكرة فى سوقنا . لا يعمد رجال بأيدهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا » . وكما أن احتكار السلع هو حبسها عن الناس ، فكذلك الملكيات الضخمة ملكيات تستأثر بها مجموعة من الأغنياء دون سائر أفراد الشعب ، وكلا الأمرين لا يرضاه الاسلام .

---

(٨) وتحقيقا لمصلحة عامة امر عمر بن الطاب بمنع الناس من أكل اللحوم يومين اسبوعيا لما قلت اللحوم فى وقت ما فى عهده وذلك ليتداول اللحم بين الناس . وكان يأتى مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع ، ولم يكن بالمدينة سواها ، فان رأى من خرج عن هذا المنع ضربه بالدرة وقال له : هلا طويت بطنك يومين .

١٠ ـ ان من حق الامام دائما التدخل فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية وهذا الحق ثابت له بالقرآن والسنة وأعمال الخلفاء الراشدين الأربعة .

٢٦٩ ـ نظرية المصلحة : المصلحة من الأسس التى يمكن أن يرد اليها التأميم وتحديد الملكية . ولانطباقها على هذا المجال شروط فى نظر بعض الفقهاء هى : ألا تعارض مقاصد الشارع ، وأن تكون معقولة ، وأن يكون فى الأخذ بها رفع حرج لازم ، وأن تكون عامة أى تحقق منفعة لأكبر عدد من الناس أو تدفع عنهم ضررا . ويستعين القائل بنظرية المصلحة ببعض القواعد العامة فى الفقه الاسلامى لتقريرها ، مثل : لا ضرر ولا ضرار ـ الضرر يزال ـ الضرورات تبيح المحظورات ـ الضرورات تقدر بقدرها ـ يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ـ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة ـ الاضطرار لا يبطل حق الغير ـ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .. الخ (٩) .

٢٧٠ ـ ومع اقرارنا لمبدأ التأميم وتحديد الملكية ، الا أننا ننوه بأن هذين النظامين يرضى عنهما الاسلام اذا كانا فى اطار تنفيذ المبادىء الاسلامية ، ولكنهما كثيرا ما يبعدان عن ذلك . فقد رأينا صورا عملية من تطبيقهما فى بعض البلاد الاسلامية ذات النظم الاشتراكية ، ومع ذلك لم يتحقق منهما الخير الذى كان منشودا . فنجد مثلا التأميم يعود بالضرر لا بالنفع ، فتقل جودة الانتاج ، وترتفع مع وجوده الأسعار بما لم يكن موجودا فى ظل الملكية الخاصة . ولعل السبب فى ذلك هو أن المشروعات

---

(٩) عبد الجواد : الفقرات من ٢٩٢ الى ٣٠٧ ـ ص ٣٨٢ ـ ص ٣٩٢

التى تتحول الى مشروعات عامة تعتمد عليها الحكومات كمصدر دخل لهـا ولنفقاتها المتنوعة ، فتحاول الاستفادة منها لهذا الغرض ويقوتهـا أن تراعى أنها يجب أن تكون مثالا يحتذى للمشروعات الخاصة ٠

لذلك ننوه بأن يكون التأميم وتحديد الملكية مقررا فى اطار هذه الملاحظة وما تقدم من المبادىء بشأن كل منها ٠



الكتاب الثاني

الحقوق العينية التبعية



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

٢٧١ ـ لكل دائن على أموال مدينه ما يسمى بالضمان العام ، بمعنى أن كل أموال المدين تعتبر ضامنة للوفاء بالديون المستحقة عليه ، أو أن الجانب الايجابي من ذمته المالية ضامن للجانب السلبي. فيستطيع الدائن أن ينفذ على أي مال من أموال المدين ما لم يكن ثمة سبب قانوني يمنعه من التنفيذ عليه . ولا تفضيل لدائن على آخر في هذا ، فهم متساوون فيه ، بحيث اذا لم تكف أموال المدين الموجودة للوفاء الى كل الدائنين الحاجزين بديونهم قسمت بينهم بنسبة ديونهم .

وحق الدائن في الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف فيما يشاء من أمواله .

٢٧٢ ـ لذلك فان الدائن الحريص لا يطمئن الى هذا الضمان العام الذي يحتوي على جانبين من المخاطر أولهما : احتمال تصرف المدين في أمواله ، أو قيامه بتهريب هذه الأموال حتى لا يجد الدائن ما ينفذ عليه ، وثانيهما : مزاحمة الدائنين الآخرين له في التنفيذ على هذه الأموال، الأمر الذي قد ينتهي الى قسمة غرماء لا يستطيع بسببها أن يحصل على باقي دينه .

٢٧٣ ـ ويقرر القانون الدائنين وسائل مختلفة تدعم الضمان العام وتحافظ عليه . هذه الوسائل منها التحفظية ومنها التنفيذية ، ومنها ما هو وسط بين هاتين . فالطرق أو الوسائل التحفظية منها ما يتخذه الدائن في حقه هو ، مثل قطع مدة تقادم حقه ، وطلب تحقيق امضاء

المدين على سند الدين ، ومنها ما يتخذه الدائن بالنسبة الى أموال المدين مثل وضع الأختام عليها وتحرير محضر جرد بها ، وتدخل الدائن فى اجراءات قسمة المال الشائع المملوك للمدين . أما الطرق التنفيذية وهى تهدف الى اقتضاء الدين . فمنها أن يحصل الدائن على سند تنفيذى بالدين لتمكن من توقيع الحجز بمقتضاه على أموال المدين . وأما الطرق الوسطى بين التحفظية والتنفيذية فهى ترجع الى فكرة الضمان العام التى تعتبر أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وتوجد منها خمس هى :

الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات ، ودعوى الصورية ، وحق الحبس ، وشهر اعسار المدين ، فهذه الاجراءات أقوى من الاجراءات التحفظية وأضعف من الاجراءات التنفيذية[1] ، ويمكن أن نسميها اجراءات شبه تنفيذية .

٢٧٤ — وهذه الوسائل المختلفة لا تبعد عن الدائن مزاحمة غيره من الدائنين ، لذلك فان الدائن الحريص يطلب مزيدا من التأكيد لحقه ، فيشترط على المدين أن يقدم له تأمينا خاصا : شخصيا أو عينيا . والتأمينات الشخصية تعنى ضم ذمة أخرى الى ذمة المدين فى الالتزام بالدين ، (كالكفالة وتضامن المدينين) ، والتأمينات العينية تخصص مالا لضمان حق شخصى للدائن ، فيكون للدائن حق عينى تبعى على هذا المال منقولا كان أو عقارا .

٢٧٥ — والتأمينات العينية واردة فى القانون على سبيل الحصر ، لأنها تعتبر استثناء من قاعدة المساواة بين الدائنين فى الضمان العام ، لذلك

---

(١) السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى — الجزء العاشر (التأمينات الشخصية والعينية) القاهرة ، ١٩٧٠ — فقرة ١ — ص ٣ و ٤

فان هذا الاستثناء يقتصر على الصور التى نص عليها القانون[٢] ، وهى : الرهون الرسمية والرهون الحيازية ، وحقوق الامتياز .

ويمكن تقسيم هذه الأنواع من التأمينات العينية من زوايا مختلفة : فمن حيث مصدرها ينشأ بعضها من العقد كالرهن الرسمى الاتفاقى والرهن الحيازى وبعضها ينشأ بأمر أو حكم من القضاء وهذه هى الرهون الاجبارية (حق الاختصاص فى القانون المصرى) . وبعضها ينشأ بنص من القانون وهذه هى حقوق الامتياز . ومن حيث محلها ينصب بعضها على العقار دون المنقول وذلك فى الرهون الرسمية ، وبعضها ينصب على المنقول والعقار وذلك فى الرهن الحيازى وحقوق الامتياز . ومن حيث حيازة الشىء الضامن يقتضى بعضها انتقال حيازة الشىء المرهون الى الدائن وذلك فى الرهن الحيازى ، أما بقية التأمينات العينية فتبقى فيها الحيازة للمدين رغم نشوء التأمين العينى على الشىء[٣] .

وتختلف الرهون عن حقوق الامتياز فى أن هذه الأخيرة لا تتقرر الا بنص فى القانون فلا امتياز بلا نص . أما الرهون فانها قد تنشأ عن طريق العقد وقد تنشأ بحكم قضائى كالرهن الاجبارى . وحقوق الامتياز قد تتقرر عامة على كل أموال المدين عقارية ومنقولة وقد تكون خاصة أى تنصب على مال معين عقارا أو منقولا ، أما الرهون فانها لا تتقرر الا على مال معين تعيينا دقيقا ، وحقوق الامتياز تتقرر للديون فى ذاتها بقطع النظر عن أصحابها ، أما الرهون فتتقرر للدائن لا للمدين لأنها

---

(٢) احمد سلامة : التأمينات المدنية — فقرة ٧ — ص ٣٠ ، وفقرة ١١ صفحة ٤٧

(٣) عبد المنعم البدراوى : التأمينات العينية — القاهرة ١٩٧٢ فقرة ٦ — صفحة ٨ ، محمد لبيب شنب : التأمينات العينية والشخصية القاهرة ١٩٧٣ — فقرة ٧ — ص ١١ — ص ١٣

تنشأ بارادته[٤] . وحقوق الامتياز تتفاضل فيما بينها بحسب المرتبة التى أعطاها القانون اياها ، فصاحب الامتياز ذى المرتبة الأسبق فى نظرالقانون يتقاضى دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين الممتازين من ثمن الشىء محل حقوق الإمتياز وعند تساوى الحقوق الممتازة فى المرتبة توزع قيمة الشىء محل الحقوق بين الدائنين بنسبة حقوقهم ، أما الرهون المقيدة فان التفاضل بين أصحابها يرجع الى الأسبقية فى تاريخ التسجيل أو القيد . وعند التزاحم بين الدائنين الممتازين والدائنين المرتهنين يفضل فىالقانون المصرى الممتازون على المرتهنين اذا كان الشىء منقولا ويفضل صاحب حين الرهن اذا كان الشىء المرهون عقارا وقيد رهنه عليه قبل نشوء حقوق الامتياز ان كان من حقوق الامتياز العقارية الخاصة الواجبة القيد طبقا لقاعدة : Prior tempore ; Potior Jure[٥] .

أما فى لقانون المغربى فالقاعدة هى العكس أى يفضل مرتهن المنقول رهنا حيازيا على الدائن الممتاز ويفضل الدائن الممتاز على المرتهن للعقار رهنا رسميا .

---

(٤) هناك حالات خاصة فى القانون الفرنسى يتقرر فيها الرهن الرسمى بنص من القانون أو بحكم من القضاء — السنهورى ج ١٠ فقرة ١١٣ — صفحة ٢٦٣

(٥) السنهورى ج ١٠ — فقرة ١١٣ — صفحة ٢٦٣ — ٢٦٥

وانظر ايضا :

M. Planiol, G. Ripert (par E. Besque). Traité pratique de droit civil français, Tome XXI 1er partie ; Paris 1957. No. 4, pp. 5-8.

غير ان حق التتبع بالنسبة للامتياز على المنقول يبدو مشلولا تماما من الناحية العملية بسبب قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية — بلا نيول وريبر وبيكيه — ج ١٣ فقرة ١٠ — صفحة ٣٤٣

خطة البحث : سنقسم دراسة التأمينات العينة الى أربعة أبواب

الباب الأول : فى الرهن الرسمى الاتفاقى .

الباب الثانى : فى الرهن الرسمى الاجبارى .

الباب الثالث : الرهن المؤجل .

الباب الرابع : فى الرهن الحيازى .

الباب الخامس : فى حقوق الامتياز .



الباب الأول

الرهن الرسمى الاتفاق

٢٧٦ — الرهن الرسمى تعبير يقصد به عدة معان : فيقصد به أحيانا عقد الرهن وهو عقد رسمى فى الأصل ويجوز فى القانون المغربى أن يكون عرفيا ويقصد به حق الرهن ، ولو أن الحق لايوصف بالرسمية، لذلك يكون الأصح أن يقال عنه « حق الرهن غير الحيازى » (١) بالمقابلة للرهن الحيازى الذى تنتقل فيه حيازة الشىء المرهون الى الدائن .وأخيرا قد يقصد بالرهن الرسمى المال المرهون ذاته (٢) .

وقد ورد الرهن الرسمى بالمعنى الأول فى المادة ١٠٣٠ مدنى مصرى التى تعرف الرهن الرسمى بأنه « عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن العقار فى أى يد يكون » . وورد الرهن الرسمى بالمعنى الثانى فى التشريع المطبق على العقارات المحفظة (المشهرة) بالمغرب (ظهير ١٩ رجب ١٣٣٢ هجرية ، الموافق ٢ من يونيه ١٩١٥ ميلادية) فى الفصل ١٥٧ منه « الرهن الرسمى هو حق عينى عقارى على العقارات المخصصة لأداء التزام .. » ولقد لوحظ على المادة ١٠٣٠ مدنى مصرى أن حق التقدم لا ينصب

---

(١) البدراوى : المصدر السابق — فقرة ٧ صفحة ١١

(٢) احمد سلامه : المصدر السابق — فقرة ١٥ — ص٥٦ ، عبدالفتاح عبد الباقى : التأمينات الشخصية والعينية ، طبعة ١٩٥٤ — صحفة ٢٨٤

فقط على ثمن العقار بل ينصب كذلك على ما يحمل محل العقار كالتعويض مبلغ التأمين أو نزع الملكية(٣) .

وسوف تتناول موضوع الرهن الرسمي بالبحث طبقـا للتقسيم التـالى :

الفصل الأول : فى خصائص الرهن الرسمى الاتفاقى .

الفصل الثانى : فى شروط انشاء الرهن الرسمى الاتفاقى .

الفصل الثالث : فى آثار الرهن الرسمى الاتفاقى .

الفصل الرابع : فى انقضاء الرهن الرسمى الاتفاقى .

---

(٣) السنهورى ــ فقرة ١١٦ ــ صفحة ٢٧٠ ، شمس الدين الوكيل: نظرية التأمينات فى القـانون المدنى الطبعة الثـانية ١٩٥٩ ــ فقرة ٣٢ صفحة ٧٢ ، منصور مصطفى منصور ــ التأمينات العينية ــ طبعة ١٩٦٣ــ فقرة ٥ ــ صفحة ١٧ ، البدراوى : فقرة ٧ ــ صفحة ١١ ، سمير عبدالسيد، تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ــ طبعة ١٩٧٠ فقرة ٥٩ صفحة ١٣٦

الفصل الأول

خصائص الرهن الرسمي الاتفاقي

٢٧٧ ــ الرهن الرسمي الاتفاقي حق من الحقوق العينية ، ولكنه حق تبعي ، وليس من الحقوق العينية الأصلية • وهو حق عقاري ، غير قابل للتجزئة • وفيما يلي بيان كل من هذه الخصائص :

٢٧٨ ــ أولا ــ حق عيني :

فعقد الرهن الرسمي يكسب الدائن حقا عينيا على عقار[١] ، ويختلف مضمون هذا الحق عن مضمون الحقوق العينية الأصلية ــ حيث تنطوي على سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف مجتمعة أو متفرقة ، أما الحق العيني الذي يكسبه الدائن على العقار المرهون فهو حق عيني تبعي يخوله الحصول على حقه من قيمة العقار المرهون أو ما يحل محله بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة • وهو لا يحتاج في هذا الى وساطة شخص آخر كما في الحقوق الشخصية ، بل له سلطة مباشرة في الوصول الى حقه من هذا الطريق متقدما على غيره ، وبالاضافة الى ذلك فانه يتمتع بحق تتبع العقار في يد من تنتقل اليه ملكية العقار أو حيازته ، لأن حقه على العقار حق عيني[٢] •

---

(١) الأستاذ الدكتور مأمون الكزبري : التشريع العقاري والضمانات : ص ٢٣٥

(٢) البدراوي : فقرة ٨ ــ صفحة ١٢ ، سلامه : فقرة ١٦ ــ ص ٥٨

والواقع أن سلطة المرتهن لا تنصب على العقار ذاته ، لأن الراهن لا يرهن عقاره وانما يرهن حقه على العقار[٣] ، ومع ذلك يرى البعض أن الراهن يرهن العقار لا الحق على العقار لأن الحق لا يرد على حق آخر[٤] . فحق الرهن الرسمى ليس اذن جزءا من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الاتفاق ، بل هو حق الملكية ذاته (أو حق عقارى آخر) وضع ضمانا لدين معين[٥] .

ورغم أن المادة ١٠٣٠ مدنى مصرى والفصل ١٥٧ من تشريع العقارات المحفظة المغربى ينصان على أن الحق الذى يكسبه الدائن على العقار المرهون حق عينى الا أن البعض قد حاول التشكيك فى ذلك ، وقال أن التأمينات العينية ، ومنها الرهن الرسمى ليست حقوقا عينية وأنها لا تخرج عن أن تكون أوصافا للالتزام ، كالشرط والأجل .

ويستند هذا الرأى فى نفى صفة الحق العينى عن التأمينات العينية الى أنها لا تنطوى على أى من عناصر الحقوق العينية الأصلية ، فليس للدائن المرتهن حق الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف ، وهذه هى وحدها التى تتمثل فيها السلطة التى يمنحها الحق العينى . ويرى أن القول بأن التأمين العينى يخول صاحبه حق التتبع وحق التقدم وهما من خصائص الحق العينى الأصلى ، قول مردود ، لأن صاحب الحق العينى الأصلى لا يتتبع العين فى يد حائزها ، بل هو يستردها منه بموجب حقه العينى ، والحقوق العينية لا تتزاحم فيما بينها فلا معنى للقول بأنها تجعل

---

(٣) سليمان مرقس : التأمينات العينية ـ طبعة ١٩٥٩ ـ صفحة ٨ هامش ٢

(٤) شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العينى ـ طبعة ١٩٥٥ فقرة ٢١ ـ صفحة ٢٥ و ٢٦

(٥) السنهورى : فقرة ١١٨ ـ صفحة ٢٧١

لصاحبها حق التقدم[٦] . ثم يستدل على أن التأمين العينى ليس حقا عينيا محله العين ، بالنص الذى يستبقى حق التقدم للدائن المرتهن على التعويض أو مبلغ التأمين فى حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه (المادة ١٠٤٩ مدنى مصرى) والذى يفسره الفقه بأنه تطبيق لنظرية الحلول العينى . ويقول ان الفقه يكون فى غنى عن هذه الفكرة المستحدثة اذا ما اعتبر التأمين العينى وصفا لاصقا بالحق الشخصى يخول صاحبه حق التقدم ، أما اذا كان التأمين العينى حقا عينيا بالمعنى الصحيح فان مقتضى ذلك اعتبار الرهن منقضيا حتما بهلاك العين محل الرهن[٧] . كذلك يرى أن التأمين العينى ليس من الحقوق الشخصية لأنه « لن يترتب على حق الرهن هو ذاته التزام جديد تنشغل به ذمة المدين » . ويبرر فكرته فى اعتبار التأمين العينى من أوصاف الالتزام بأن الالتزام المؤمن يحدث أثره فى بعض الأموال على صورة خاصة فلا يقتصر أثره على الضمان العام . ذلك أن بعض أموال المدين تصبح بسبب هذا الوصف عبارة عن ذمة مستقلة لا أثر فيها لحق الدائنين العاديين[٨] ، ثم يدعم هذا بالتطور التاريخى لفكرة التأمين العينى[٩] : وبأن تصويره لا يتعارض مع نصوص القانون المصرى[١٠] .

ولكن هذا الرأى لا توافق عليه جمهرة الفقهاء ، ويرد بعضهم على أسانيد هذا الرأى تفنيدا لها بأن التأمين العينى وان كان لا يعطى سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، الا أن هذه المكنات ليست هى المميزة للحق العينى فالحق العينى سلطة تقرر لشخص على شىء معين ، وقد

---

(٦) شفيق شحاته : المصدر السابق ــ فقرة ١٢ ــ صفحة ١٣ و ١٤
(٧) شفيق شحاته : فقرة ١٢ ــ صفحة ١٥
(٨) شفيق شحاته : الفقرتين ١٣ و ١٤ ــ صفحة ١٦ ــ ١٨
(٩) شفيق شحاته : الفقرتين ١٤ ، ١٥ ــ صفحات ١٨ ــ ٢٠ .
(١٠) شفيق شحاته : فقرة ١٨ ــ صفحة ٢١ وما بعدها .

تمنح هذه السلطة المكنات الثلاث أو بعضها أولا تمنح شيئا منها[١١] ، وفى هذه الحالة تقتصر سلطة صاحب التأمين العينى على الانتفاع بمالية الشيء [١٢] أى الحصول على حقه من ثمن الشيء • كذلك يردون على القول بأن صاحب الحق العينى يسترد العين من حائزها ولا يمارس حق تتبع ، بأنه لا فرق بين التعبيرين لأننا اذا قلنا ان المالك يسترد الشيء بناء على حق التتبع فان هذا يعادل تماما قولنا انه يسترده بناء على حق الملكية[١٣] ، أما استناد صاحب هذا الرأى الى المادة ١٠٤٩ مدنى مصرى لنفى فكرة الحلول العينى وصفة الحق العينى عن التأمين العينى، فهو غير صحيح أيضا لأن الحكم الوارد فى المادة ١٠٤٩ يوجد مثيل له فى المادة ٩٩٤ مدنى مصرى بالنسبة الى هلاك الشيء محل حق الانتفاع وانتقال حق الانتفاع الى ما قد يقوم مقامه من عوض ، ولا يستطيع أحد أن ينفى أن حق الانتفاع حق عينى رغم وجود هذا النص[١٤] ، وليس فى اسناد هذا الرأى الى التطور التاريخى لظهور التأمينات شخصية وعينية ، ما يفيد بالضرورة نفى الصفة العينية عن التأمينات العينية[١٥] •

وأخيرا فان قوله ان تصوير التأمين العينى بأنه وصف من أوصاف الالتزام لا يتعارض مع نصوص القانون هو أيضا قول غير صحيح ، لأن المادة ١٠٣٠ مدنى مصرى (وكذا الفصل ١٣٧ من تشريع العقارات المحفظة المغربى) تنص صراحة على اعتبار الرهن الرسمى حقا عينيا ، ولذلك فان هذا الرأى يصطدم مع نص صريح فى القانون •

---

(١١) عبد الباقى : صفحة ٢٧٤ هامش ١

(١٢) منصور مصطفى منصور ــ المصدر السابق ــ فقرة ٤ ــ صفحة ١٣

(١٣) منصور مصطفى منصور ــ فقرة ٤ ــ صفحة ١٤

(١٤) منصور مصطفى منصور : فقرة ٤ ــ صفحة ١٥

(١٥) احمد سلامة : فقرة ٩ ــ صفحة ٣٧

٢٧٩ ـ ثانيا ـ حق تبعى :

ينشأ الرهن الرسمى ضمانا لحق شخص لدائن معين[١٦] . ولذا فان الرهن الرسمى يكون تابعا للحق . ويظل تابعا له فى وجوده وصحته وانقضائه . فاذا كان الدين الأصلى باطلا يبطل الرهن ، واذا كان قابلا للابطال كان الرهن قابلا للابطال ، واذا انقضى الدين بالوفاء أو غيره من طرق الانقضاء ينقضى الرهن بالتبعية له[١٧] ، واذا كان الالتزام الأصلى موصوفا بالشرط أو الأجل كان الرهن مؤجلا أو شرطيا مثله ، ويجوز أن ينتقل الرهن مع انتقال الحق الى الخلف العام أو الخاص للدائن المرتهى[١٨] . وقد نص على ذلك الفصل ١٧٥ من تشريع العقارات المحفظة المغربى حيث يقول « ان من ليس لهم على الملك الا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ فى بعض الحالات أو معرض للابطال لا يمكنهم أن يعطوا الا رهنا خاضعا لنفس الشروط أو الابطال » .

٢٨٠ ـ ثالثا ـ حق عقارى :

فالرهن الرسمى يرد على مال عقارى ، ولا يرد على المنقول . ومع ذلك فان المشرع قد يخص بعض المنقولات ذات الأهمية بنظام لرهنها رهنا رسميا ، كالسفن والطائرات والمحل التجارى . أما فى غير هذه الحالات فلا يرهن المنقول رهنا رسميا وانما يرهن رهنا حيازيا ، وذلك لأنه

---

(١٦) أحمد سلامه : فقرة ١٦ ـ صفحة ٥٩ : لبيب شنب ، فقرة ٥ ـ صفحة ٩

(١٧) السنهورى : فقرة ١١٩ ـ صفحة ٢٧١ ، البدراوى : فقرة ٨ ـ صفحة ١٢

(١٨) السنهورى : فقرة ١١٩ ـ صفحة ٢٧٢ ـ ولا يجوز أن يضمن الرهن الرسمى التزاما طبيعيا لأن المدين لا يجبر على وفائه بينما المدين الراهن مجبر على الوفاء بالدين والا تم التنفيذ على عقاره (السنهورى ـ ص ٢٧٢ هامش ٦) ولكن قد يفسر قيام المدين بالتزام طبيعى برهن عقاره رهنا رسميا ضمانا للدين ، انه قبل أن يتحول التزاما بالدين الى التزام مدنى ، فيصح الرهن .

لا يتيسر ايجاد نظام لشهر الرهن على المنقولات[١٩] ومع ذلك فهناك من المنقولات ما يدخل فى الرهن الرسمى بالتبعية للعقار المرهون كالثمار المدنية .

٢٨١ – رابعا – حق غير قابل للتجزئة :

فالرهن الرسمى لا يقبل التجزئة سواء بالنسبة الى العقار المرهون أو الى الدين المضمون . وقد عبرت عن هذا المادة ١٠٤١ مدنى . مصرى بقولها : « كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض بالاتفاق بغير ذلك » . كما ينص الفصل ١٥٧ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على ذلك بقوله : « وهو (أى الرهن الرسمى) بطبيعته لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها ويتبعها فى أى يد انتقلت اليها » .

فالرهن الرسمى لا يتجزأ بالنسبة الى العقار المرهون ، فاذا قام الراهن برهن عدة عقارات ضمانا لدين واحد ثم باع أحدها ، فالمشترى الحائز للعقار لا يستطيع أن يطلب الى الدائن قبول جزء من دينه يوازى نسبة قيمة هذا العقار الى باقى العقارات المرهونة لأن فى هذا تجزئة للرهن[٢٠] . ولكن قد يعتبر الدائن المرتهن متعسفا فى استعمال حقه اذا كان المبيع جزءا يسيرا جدا ويمكنه التنفيذ على باقى العقار ، فلا يجوز للمرتهن أن يطلب التنفيذ على الجزء المبيع بكل الدين[٢١] .

---

(١٩) البدراوى : فقرة ٨ – صفحة ١٢ – ١٣ – سلامه : فقرة ١٦– صفحة ٦١ ، والكزبرى : ص ٢٣٦

(٢٠) البدراوى : فقرة ٨ – صفحة ١٣

(٢١) عبد الباقى : فقرة ١٨١ – صفة ٢٨٦ ، استئناف مختلط : ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ بلتان س ٣٨ صفحة ٢٨٢ ، استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ٣٦ – ب ٤٩ صفحة ٥٩ – ٦٢ استئناف مختلط ٢٢ يونيو ٤٤ – ب ٥٦ صفحة ٢٠١ .

والرهن كذلك لا يتجزأ بالنسبة الى الدين المضمون ، فدعوى الرهن لا تتجزأ فاذا انقضى جزء من الدين يبقى كل العقار ضامنا لما بقى منه • واذا توفى الدائن المرتهن وخص كل واحد من ورثته جزء من حق المورث ، فان كل وارث يستطيع أن ينفذ على كل العقار المرهون استيفاء للجزء الذى آل اليه من الحق(٢٢) •

ومع ذلك فانه يجوز الاتفاق على تجزئة الرهن ، فهذه القاعدة ليست متعلقة بالنظام العام(٢٣) •

٢٨٢ – خامسا – حق ناشىء من عقد رسمى أو عرفى :

فالرهن الرسمى فى التشريع المصرى لا ينعقد الا بورقة رسمية (المادة ١٠٣١/١ مدنى مصرى) وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية(٢٤) • غير أن تشريع العقارات المحفظة المغربى قد نص فى الفصل ١٧٣ على جواز أن يتم الرهن بعقد رسمى أو بعقد عرفى(٢٥) فقال : «يمكن أن يعطى الرهن الاتفاقى برضى الأطراف اما بعقد رسمى واما بعقد عرفى » •

---

(٢٢) السنهورى : فقرة ١٢٠ صفحة ٢٧٤ ، الكزبرى – ص ٢٣٦ ديكرو : فقرة ٦١٩ – ٦٢٠ – ص ٣٩٠ •

(٢٣) البدراوى فقرة ٨ صفحة ١٤ ، سلامه : فقرة ١٦ – صفحة ٦٣، عبد الباقى فقرة ١٨١ – صفحة ٢٨٧

(٢٤) سلامه : فقرة ١٦ – صفحة ٦٠ ، لبيب شنب ، فقرة ١٠ – صفحة ١٩

(٢٥) ديكرو فقرة ٦٢٣ – ص – ٣٩٠ •

الفصل الثاني

شروط انشاء الرهن الرسمي الاتفاقي

۲۸۳ — يتم عقد الرهن الرسمي بتوافر شروط موضوعية وشروط شكلية فيه • فمن الناحية الموضوعية ، يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقود وهي : الرضا بأن يتبادل الطرفان الراهن والمرتهن الايجاب والقبول تعبيرا عن ارادتين متطابقتين ، وأن تخلو ارادة كل منهما من عيوب الرضا ، وأن تتوافر فيهما الأهلية المتطلبة لابرام العقد ، وأن يكون السبب مشروعا ، وأن يكون المحل موجودا ومعينا بالذات • أما من الناحية الشكلية ، فان القانون يتطلب الشكل الرسمي أو العقد الثابت في محرر عرفي لانعقاد عقد الرهن الرسمي • ولا تختلف الأركان الموضوعية عما هو معروف في النظرية العامة للالتزامات[1] ، غير اننا نجد بعض المسائل في حاجة الى مزيد من التفصيل ، وهذه هي : الأهلية والولاية للرهن ، وشرط ملكية الراهن للعقار الذي رهنه ، والشكل المشترط للعقد ، وشرط تخصيص العقار المرهون والدين المضمون ، واليك بيان ذلك •

---

(١) السنهوري : فقرة ١٣١ — صفحة ٢٩٠.

المبحث الأول

الأهلية والولاية للرهن والارتهان

٢٨٤ — تختلف الأهليـــة المتطلبـــة فى الراهن عنهـــا فى المرتهن، وتختلف كذلك أحكام الولاية على كل منهما ، والغالب أن يكون الراهن هو المدين • ولكن فى بعض الأحيان يكون الراهن شخصا غير المدين ، يقدم عقاره لضمان دين المدين ، ويسمى بالكفيل العينى **la caution réelle** فهو ليس مدينا ولكنه يكفل دينا على غيره • ولهذا الكفيل العينى أيضا أحكام خاصة فيما يتعلق بأهليته والولاية عليه •

ونعرض فيما يلى الأهليـــة والولاية بالنســـبه الى كل من هـــؤلاء الثلاثة •

المطلب الأول

الأهلية والولاية بالنسبة الى المدين الراهن

٢٨٥ — يعتبر الرهن عمـــلا من أعمال التصرف يدور بين النفع والضرر بالنسبة الى المدين الراهن ، فهو يرهن عقاره مقابل حصوله على الدين أو على أجل لسداد الدين لذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف ، فلا تكفى فيه أهلية الادارة[1] . فاذا كان قاصرا اذن له فى تسلم أمواله لادارتها (فى سن الثامنة عشرة على القانون المصرى والخامسة عشرة على القانون المغربى) ، فانه لا يستطيع أن يرهن عقارا من العقارات المسموح

---

(١) دبكرو : فقره ٦٢٥ — ص ٣٩١

له بادارتها ، لأنه ليست له أهلية التصرف فيه[١] ومن باب أولى لا يصح الرهن من الصبى المميز (وهو على القانون المصرى بين سن السابعة والحادية والعشرين وعلى القانون المغربى بين الثانية عشرة والحادية والعشرين) ومن فى حكمه كالمحجور عليه لسفه أو غفله ، فيكون رهن هؤلاء قابلا للابطال ، لمصلحتهم ، ويكون لهم اجازة العقد أو ابطاله (خلال ثلاث سنوات على القانون المصرى وسنه واحدة على القانون المغربى حسب الفصل ٣١١ التزامات وعقود) بعد بلوغ سن الرشد أو زوال نقص الأهلية ، ويؤدى مضى هذه المدة دون ابطال العقد الى تصحيح الرهن بأثر رجعى من وقت انشائه ، أما عديم الأهلية كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه فان رهنهم يكون باطلا بطلانا مطلقا[٢] .

٢٨٦ ـ وقد يكون الراهن كامل الأهلية ، ولكنه لا يستطيع أن يرهن العقار ، كما اذا كان تاجرا مفلسا أو شخصا ممنوعا بمقتضى اتفاق من التصرف فى العقار فلا يجوز رهن العقار فى هذه الحالة ، ولكن هناك خلافا حول الجزاء الذى يترتب على هذا الرهن[٣] كذلك لا يملك المفلس أن يرهن عقاره ، ورهنه لا ينفذ فى حق جماعة الدائنين ، اذا عقده فى فترة الريبة ضمانا لدين سابق • كذلك المدين المعسر اذا سجلت صحيفة

---

(١) السنهورى : فقرة ١٥٠ صفحة ٣٣٧ وهامش رقم ٢ بها ، البدراوى : فقرة ٢ ـ صفحة١٧ ، وقارن عبدالباقى فقرة ١٨٧ صفحة٢٩٥ هامش رقم ٣

(٢) السنهورى : فقرة ١٥٠ صفحة ٣٣٧ ـ ٣٣٩ ، وهناك رأى فى القانون المغربى يعتبر تصرفات المجنين باطلة نسبيا فقط . أنظر مأمون الكزبرى : نظرية الالتزامات ـ ج ١ ـ فقرة ١٠٥ ـ ص ١٤٠

(٣) السنهورى : فقرة ١٥٠ ـ صفحة ٣٣٩ ، الوكيل : صفحة ٨٣ بالهامش . وقد سبق بيان الآراء المختلفة عند كلامنا فى الشرط المانع من التصرف .

دعوى اعساره لا يسرى رهنه فى حق الدائنين السابقين على شهر الاعسار[1] .

٢٨٧ ــ واذا كان المدين قاصرا ، فان الأب يملك فى القانون المصرى أن يرهن عقاره بغير اذن من المحكمة اذا لم تجاوز قيمة العقار ثلاثمائة جنيه ، فان جاوزت هذا القدر تعين على الأب استئذان المحكمة الا اذا كان العقار قد آل الى القاصر تبرعا من أبيه فيجوز أن يرهنه أيا كانت قيمته . اما اذا كانت الولاية على القاصر للجد أو لوصى أو قيم فلا يجوز لهم أن يرهنوا عقاره الا باذن من المحكمة . أما فى القانون المغربى فان الفصل ١١ من ظهير الالتزامات والعقود تمنع الأب والوصى والمقدم من رهن مال القاصر (عقارا أو منقولا) الا باذن القاضى « ولا يسنح هذا الاذن الا فى حالة الضرورة أو فى حالة النفع البين لناقص الأهلية» كذلك تكرر منع الوصى والمقدم من الرهن فى الفصل ١٥٨/١ من مدونه الأحوال الشخصية المغربية .

٢٨٨ ــ وقد يكون المدين مكتمل الأهلية وتثبت لغيره ولاية الرهن عنه ، ولكن هذا يكون بارادة المدين ، فهو يملك أن يوكل عنه شخصا آخر فى ابرام هذا الرهن . والتوكيل فى الرهن الرسمى يجب أن يكون بورقة رسمية ، على القانون المصرى أما على القانون المغربى فيمكن التوكيل بورقة عرفية ولو كان عقد الرهن رسميا . ويجب أن تكون الوكالة خاصة ، لأن الوكالة العامة تعطى الحق فى أعمال الادارة دون أعمال التصرف . ولكن لا يلزم أن يخصص العقار الذى سيرهن فى هذه الوكالة ، وفى هذه الحالة تثبت للوكيل سلطة رهن أى عقار من عقارات

---

(١) السنهورى : فقرة ١٥٠ ــ صفحة ٣٣٩ و ٣٤٠ . والواقع ان القانون المغربى لم يسن للاعسار نظرية ، وانما جاءت أحكام متفرقة عنه فى المادتين ٢٨٦ و ٢٩٨ وغيرهما من نصوص تقنين الالتزامات والعقود .

المدين[١] ومع ذلك تذهب بعض الآراء فى القـــانون المصرى الى أن تخصيص الرهن من الشروط الشكلية لانعقاد الرهن ، ومن ثم فانه كشرط شكلى يجب أن يتوافر فى الوكالة فى ابرام الرهن طبقا للمادة ٧٠٠ مدنى مصرى[٢] .

أما فى القانون المغربى فان الفصل ٨٨٧ من تقنين الالتزامات العقود يقضى بأنه « يجوز اعطاء الوكالة فى شكل يخالف الشكل المتطلب لاجراء التصرف الذى يكون محـــلا لهـــا » . وعلى ذلك لا تلزم الرســـمية ولا التخصيص فى الوكالة فى القانون المغربى ولكن يلزم أن تتضمن اذنا صريحا من الموكل فى انشاء الرهن رسميا كان أو حيازيا (الفصل ٨٩٤ من تقنين الالتزامات والعقود) .

المطلب الثانى

الأهلية والولاية بالنسبة الى المرتهن

٢٨٩ ــ الرهن الرسمى عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الراهن، فهو بالنسبة الى المرتهن من الأعمال النافعة نفعا محضا . فلا تلزم فيــه أهلية التصرف وانما تكفى فيه أهلية الاغتناء ، أى يكفى أن يكون صبيا مميزا أو محجورا عليه للسفه أو الغفلة[٣] ومع ذلك يذهب البعض الى أن الرهن يعتبر من أعمال التصرف بالنسبة للمرتهن ، لأنه يتضمن استيفاء الدين ، كرهن الحيازة الذى يحسب فيه ايراد العين ضمن الفوائد ورأس المال . ويبرزون أهمية الرأى بأن القاصر المرتهن قد يقبل رهنـــا لا يفى

---

(١) السنهورى : فقرة ١٥٢ ــ صفحة ٣٤٣

(٢) عبد الباقى : فقرة ٣٠٥ بالهامش

(٣) السنهورى : فقرة ١٥١ ــ صفحة ٣٤٠ ، البدراوى: فقرة ١٢ ــ صفحة ١٦ ــ عبد الباقى : فقرة ١٨٧ ــ صفحة ٢٩٥

بضمان الدين اذا كان الدين قد وجد صحيحا من قبل ، فيجب أن يكون الرهن الرسمى قابلا للابطال[١] . ولكن هـذا الرأى غير صحيح ، لأن الرهن الرسمى لا يتضمن استيفاء للدين كما فى الرهن الحيازى لأن المرتهن لا يجوز العين ولا يجنى منها ثمارا ، وانما هو يتعاقد على الرهن للاستيثاق لدينه لا لاستيفائه ، وفى مثال القاصر الذى ارتهن عقارا لا يفى بضمان الدين ، فان مؤدى الأمر لا يكفى البطلان بل الفسخ ، فالرهن ينعقد صحيحا ، ولكن نظرا لأن تقديم ضمان كاف للدين شرط فيه ، فانه يتعين على الراهن اما تكملة الرهن أو يجوز للمرتهن أن يطلب فسخه[٢] .

واذا كان الدائن قاصرا جاز لوليه أو وصيه أو المقدم عليه أو القيم عليه أن يرتهن نيابة عنه عقار الغير دون حاجة الى استئذان المحكمة[٣].

كذلك يستطيع القاصر المميز أن يوكل غيره فى الارتهان ، ولو كانت هـذه الوكالة عامة ، ولو كان الوكيل أيضا قاصرا مميزا ، ولو كانت الوكالة عرفية حسب الرأى السائد[٤] .

ومن باب أولى يملك الدائن أن يوكل غيره فى الارتهان اذا كان هو مكتمل الأهلية .

---

(١) شفيق شحاتة : فقرة ٧٨ ــ صفحة ٧٥ ، سمير تناغو ، فقرة ٧٤ صفحة ١٨٣

(٢) السنهورى : فقرة ١٥١ ــ صفحة ٣٤١ و ٣٤٢

(٣) السنهورى : فقرة ١٥٣ صفحة ٣٤٤

(٤) السنهورى : فقرة ١٥٣ ــ صفحة ٣٤٤

المطلب الثالث

الأهلية والولاية بالنسبة الى الكفيل العينى

٢٩٠ ــ يغلب أن يكون الكفيل العينى متبرعا بكفالته ، لذلك يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع ، فيجب أن يكون بالغا سن الرشد غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية • فاذا كان قاصرا مميزا أو غير مميز كان رهنه باطلا بطلانا مطلقا ، وليس فقط قابلا للابطال •

٢٩١ ــ ولا يملك الأب أو الوصى أو القيم أن يرهن عقار الكفيل العينى القاصر ، ولو باذن المحكمة ، بل يقع الرهن باطلا بطلانا مطلقا فى هذه الحالة • وقد نص على ذلك الفصل ١٢ من ظهير الالتزامات والعقود الذى اعتبر تصرفات هؤلاء صحيحة الا فى « التبرعات المحضة حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الاذن الذى يتطلبه القانون » أى الاذن الخاص بأعمال التصرف المنصوص عليه فى الفصل ١١ •

٢٩٢ ــ وقد يوكل الكفيل العينى غيره فى أن يعقد الرهن نيابة عنه ، وفى هذه الحالة يجب أيضا أن يكون الكفيل العينى مكتمل الأهلية ، وأن تكون الوكالة التى يعقدها بورقة رسمية (أو عرفية فى القانون المغربى) ، ويجب أن تكون وكالة خاصة مخصصة : خاصة : لأن الوكالة العامة تعطى سلطة الادارة فقط للوكيل ، ومخصصة : لأن الرهن يغلب أن يكون تبرعا من الكفيل العينى ، والمادة ٧٠٢ فقرة ٢ مدنى مصرى تنص على أن « الوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين كل هذا العمل على وجه التخصيص الا اذا كان العمل من التبرعات » • فحيث يكون رهن الكفيل العينى على

سبيل التبرع ، يجب أن يرد فى عقد الوكالة الرسمية الخاصة بالرهن تخصيص للدين المزمع ضمانه[1] .

وفى القانون المغربى يجب كذلك أن تتضمن الوكالة الصادرة من الكفيل العينى الاذن فى الرهن تبرعا ، طبقا للفصل ٨٩٤ من تقنين الالتزامات والعقود الذى يشترط هذا الاذن فى التبرعات .

(١) السنهورى : فقرة ١٤٥ ـ صفحة ٣٤٤ ـ ٣٤٦

المبحث الثاني

ملكية الراهن للعقار المرهون

٢٩٣ — الراهن يجب أن يكون مالكا للعقار الذى يرهنه ، أو على الأقل له ولاية فى رهنه نيابة عن مالكه ، فاذا لم يكن هذا ولا ذاك ، فان رهنه يثير فروضا متعددة : فقد يرهن ملك غيره ، وقد يرهن مالا مستقبلا ، وقد يرهن ما يظهر مالكا له ، وقد يرهن عقارا شائعا ، وقد يكون مالكا فعلا ولكن يزول بعد الرهن بأثر رجعى سند ملكية الراهن لسبب من الأسباب فيعتبر الرهن صادرا من غير مالك •

هذه الفروض المختلفة هى ما نتناوله بالتفصيل فيما يلى :

المطلب الأول

رهن ملك الغير

٢٩٤ — لم يرد فى أحكام الرهن الاتفاقى فى تشريع العقارات المحفظة المغربى حكم لرهن ملك الغير ، ولعل ذلك راجع الى أن المشرع لم يتصور امكان ورود الرهن على عقار محفظ باسم شخص آخر غير الراهن ، لأنه سيظهر أن شرط الملكية غير متوفر ، وهو الشرط الذى تفترضه فى ثناياها نصوص ذلك التشريع ويكاد يصرح به الفصل ١٧٥ منه •

أما الرهن الحيازى فقد ورد فى أحكامه العامة فى تقنين الالتزامات والعقود حكم رهن ملك الغير فى الفصل ١١٧٣ ، وعلى ذلك فان حكم الرهن الرسمى الاتفاقى اما أن يترك للقواعد العامة أو أن يقاس على الرهن الحيازى ، ونحن نفضل الحل الثانى •

وحتى لا نضطر الى تكرار هـذا الموضـوع عنـد بحثنا للرهن الحيازى ، فاننا نتناوله هنا بالتفصيل سواء فيما يتعلق بالرهن الرسـمى الاتفاقى أو بالرهن الحيازى ، مع مقارنة ذلك بالتشريعات الأخرى جريا على عادتنا فى هذا المؤلف .

٢٩٥ — الأصل أن يتصرف الانسـان فيما يملك . ولكن يقـع أحيانا أن يتصرف الشخص فيما لا يملك ، خلافا لقاعدة أن فاقد الشىء لا يعطيه . ويكون ذلك أحيانا عن غير قصد وأحيانا عن قصد وتعمد . واليك بعض صور رهن ملك الغير :

Le nantissement de la chose d'autrui.

فالأب مثـلا قد يبيع أو يرهن ملك ولده ، باعتباره أصـيلا عن نفسه لا نائبا عن ولده . والزوج قد يبيع أو يرهن ملك الزوج الآخر . والوارث قد يبيع أو يرهن عينا لم تقع فى حصته . والشريك فى الشيوع قد يبيع أو يرهن كل المال الشائع . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيعه أو يرهنه . وقد يباع أو يرهن مال الغائب[1] .

ورهن ملك الغير هو قيام شخص باسمه ولحسابه برهن مال موجود ومحدد ، وليس مملوكا له ، ولا يعتقد الناس أنه مملوك له[2] .

ورهن ملك الغير بهـذا المعنى يرد على العقار فقط اذا كان الرهن رهنا رسميا (اتفاقيا) . وقد يرد على منقول أو عقـار اذا كان رهنـا حيازيا .

٢٩٦ — ورهن ملك الغير طبقا للتعريف المتقدم يختلف عن صور أخرى تقترب منـه وهى : رهن المال المسـتقبل ، ورهن حق الانتفاع ، ورهن المالك تحت شرط ، والرهن المعلق على شرط ، والتعهد عن الغير

---

(١) السنهورى — الوسيط جـ ٤ فقرة ١٣٤ — صفحة ٢٧٥
(٢) أحمد سلامه : فقرة ٣٦

بالرهن ، والتوكيـل فى الرهن ، وسـنوضح فيما يلى الفروق بين رهن ملك الغير ، وبين الحالات التى قد تختلط به :

Le nantissement de la chose future

١ ــ رهن المال المستقبل يتفق رهن المال المسـتقبل مع رهن ملك الغير فى أن كلاهما لا يتوافر فيه شرط ملكية الراهن لما يرهنه • ولكنهما يختلفان فى أن رهن المال المستقبل رهن لمال غير موجود فعلا وقت ابرام العقد أو غير معين بالذات[1] ، مال يعتقد الراهن انه سيتملكه فيما بعـد بالتقادم المكسب أو الشراء أو الميراث أو الوصية أو غير ذلك •

٢ ــ رهن حق الانتفاع : اذا رهن المنتفع حق الانتفاع لم يكن ذلك رهنا لملك الغير ، لأنه يرهن حقـا له ، اما اذا رهن العقار كله (الرقبـة والانتفاع) كان رهنه صحيحا نافذا فيما يتعلق بحق الانتفـاع ، وكان رهنا لملك الغير فيما يتعلق بالرقبة •

٣ ــ رهن المالك تحت شرط : اذا كانت الملكية معلقـة على شرط واقف فان الراهن لا يعـد مالكا لأن ملكيته احتمـالية ، ولذلك يكون مصير الرهن هو مصير الملكية ذاتها : اذا تحقق الشرط تأكد الرهن واذا تخلف الشرط زالت الملكية وكان الرهن هنا لملك الغير ، ففى فترة التعليق على الشرط لا يكون ذلك رهنا لملك الغير •

٤ ــ الرهن المعلق على شرط : فى الحالة السابقة رأينا صورة الرهن الصادر من مالك معلقة ملكيته على شرط ، أما فى هذه الصورة فاننا نعرض لرهن معلق على شرط واقف هو تملك الراهن للعقار المرهون • وهـذا الرهن ليس رهنا لملك الغير ، وانما هو رهن معلق على شرط واقف ، ان تحقق الشرط نشأ وان تخلف لم ينشأ •

---

(١) السـنهورى جـ ١٠ فقرة ١٣٥ من ٢٩٨ البـدراوى فقرة ٢٠ صفحة ٢٧ ــ ٢٨ ــ سلامة فقرة ٣٦

٥ ــ **التعهد عن الغير** : يختلف الوضع اذا تعهد شخص بأن يحمل مالك الشيء على أن يرهنه ، عما اذا كان قد رهن العقار بنفسه ، فالأولى لا يرهن ملك غيره وانما يتعهد عن الغير ، أما الثانى فيرهن ملك غيره . الأول لا يلزمه أن يتملك لأنه لا يرهن ، أما الثانى فينطبق عليه حكم رهن ملك الغير .

٦ ــ **التوكيل فى الرهن** : قد يوكل مالك العقار شخصا فى أن يرهن عقاره والوكيل وهو يرهن ملك غيره لا تنصرف آثار الرهن الى ذمته ، وانما الى ذمة الموكل . ولذلك يعرف رهن ملك الغير بأنه صادر من شخص يرهن باسمه ولحسابه .

٢٩٧ ــ وحكم رهن ملك الغير يختلف من تشريع لآخر[١] . وهو على أية حال لا يسرى فى حق المالك الأصلى فى جميع التشريعات ، وذلك

---

(١) والنصوص المتعلقة برهن ملك الغير فى بعض التشريعات هى :
ــ فى القانون المغربى : الفصل ١١٧٣ التزامات وعقود الواردة فى باب الرهن الحيازى ونصها : « رهن ملك الغير صحيح » :

أولا : اذا ارتضاه مالك الشيء أو أقره ، وعندما يكون الشيء مثقلا بحق للغير تجب موافقة هذا الغير أيضا .

ثانيا : اذا اكتسب الراهن فى تاريخ لاحق ملكية المرهون . ــ واذا لم يرتض مالك الشيء الرهن الا فى حدود مبلغ معين أو تحت شروط خاصة ، فان الرهن لا يكون الا فى حدود ذلك المبلغ أو مع مراعاة التحفظات التى صرح بها المالك ــ ولا يكون للرهن اى أثر اذا رفض مالك الشيء اقراره » .
ــ فى القانون المصرى المادة ١٠٣٣ مدنى وهى واردة فى باب الرهن الرسمى ونصها : « اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن . ــ ويقع باطلا رهن المال المستقبل » .
ونفس هذا الحكم ينطبق على الرهن الحيازى فى القانون المصرى ، حيث أن المادة ١٠٩٨ مدنى قد نصت على أن تسرى المادة ١٠٣٣ على الرهن الحيازى

لاعتبارات تتعلق بحماية الملكية الفردية ، وبتطبيق أصل هام فى النظرية العامة للالتزام هو أن العقود لا تلزم الا من كان طرفا فيها (الفصل ٢٢٨ التزامات وعقود مغربى ، والمادة ١٥٢ مدنى مصرى ، والمادة ١١٦٥ مدنى فرنسى) .

وتقضى التشريعات العربية فى شأن رهن ملك الغير بأن يكون صحيحا فى حالتين : حالة يقره فيها المالك الحقيقى فيصبح كفيلا عينيا ، وحالة يكتسب فيها الراهن ملكية الشىء المرهون . وفى غير هاتين الحالتين لا يكون لرهن ملك الغير أى أثر .

وفى حالة اقرار المالك الحقيقى للرهن ، لا ينتج هذا الاقرار أثره الا من وقت صدوره[1] بمعنى انه اذا كانت قد ترتبت حقوق أخرى بين وقت الرهن ووقت الاقرار فليس من شأنه أن يمس بها . وكذلك الشأن فى حالة اكتساب الراهن لملكية الشىء المرهون . وقد ورد فى أحكام عقد البيع (فى التقنين المصرى والتقنين المغربى) حكم مماثل لحكم رهن ملك الغير يتعلق ببيع ملك الغير . لذلك فاننا فى معالجتنا للتكييف القانونى لرهن ملك الغير ، قد يتطرق بنا الحديث الى بيع ملك الغير مادام الحكم فى مجمله مماثلا .

٢٩٨ ــ وفى تكييف حكم رهن ملك الغير تردد الفقه بين خمس نظريات هى :

١ ــ نظرية الفسخ

٢ ــ نظرية البطلان النسبى

٣ ــ نظرية البطلان المطلق

---

(١) احمد سلامه : فقرة ٣٧

٤ ــ نظرية دعوى الاستحقاق المستبقة

٥ ــ نظرية العقد الموقوف

٢٩٩ ــ اولا : نظرية الفسخ :

عرض النظرية :

يرى القائلون بهـذه النظرية ان الاستحالة النسبية فى نقل ملكية المبيع اذا كان مملوكا للغير ، أو ترتيب حق رهن على ملك الغير لا تبرر ابطال العقد ، وانما تبرر الفسخ فقط .

وينبه بعض القائلين بهذه النظرية[1] الى أن الفقه يأخذ فرض بيع ملك الغير على انه صورة واحدة ، مع انه يتحقق فى عدة صور واقعية مختلفة : منها أن يكون كل من البائع والمشترى جاهلا أن المبيع ملك الغير ، ومنها أن يكون أحدهما فقط هو الواقع فى الغلط ، وأخيرا قد يكون كل منهما عالما بعدم ملك البائع لما يبيع . ويرى أن صورة الغلط من الجانبين عند بيع ملك الغير لا تحتاج الى نص خاص للقول ببطلان التصرفات التى يتم فيها البيع ، بل تطبق عليها قواعد الغلط ، أما اذا كان الغلط من المشترى وحده ، فان البائع اذا لم يكن غير جاد أى لا يفكر فى نقل الملكية على أية صورة ، فانه يقصد الى التعهد باكتساب الملكية من المالك ونقلها الى المشترى ، وتصرفه عندئذ صحيح ، ولكن غلط المشترى يتيح له طلب البطلان لعيب رضائه . وان كان الغلط من البائع فلابد أن المشترى يقصد أن يحصل البائع على ملكية المال لينقلها اليه ، ولكن

---

(١) الدكتور جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ١٩٥٦ ــ فقرة ١٠٣ صفحة ٢٩٣ وما بعدها . ويلاحظ أنه يتحدث هنا عن بيع ملك الغير وان نفس الكلام ينطبق على رهن ملك الغير .

غلط البائع يتيح له طلب البطلان • ولكن اذا لم يقع غلط من الجانبين (البائع والمشترى)[١] وكانا عالمين بملكية المال المبيع لشخص من الغير، فان لم يكشف التفسير عن هزلهما ، ولم يكونا مجنونين فان قصدهما لابد يتجه الى تحميل البائع التزاما باكتساب ملكية المال لنقله الى المشترى • ولا يكون هناك حينئذ بطلان ما • وهذا الفرض الأخير هو الذى يحتاج الى نص لتقرير البطلان • فالصور الثلاث الأولى يقع البطلان فيها للغلط أى لعيب الرضاء دون حاجة الى نص خاص يقضى به • ولكن من الجلى أن وضع البطلان فى هذا الفرض وضع ناب وقلق ، ولا يستطاع قبوله الا استنادا الى نص القانون على مخالفة قواعد المنطق القانونى • وفوق ذلك فان قواعد هـذا البطلان لا تتفق مع أحكام البطلان المطلق أو النسبى فهو بطلان يطلبه المشترى وحده وهذا يجعل له ظاهر البطلان النسبى • واذا أقر المالك الحقيقى البيع زال البطلان ، والمالك الحقيقى شخص غريب عن التصرفات التى يتم بها البيع ، ولا يتصور كيف يصحح اقراره ارادة المشترى اذا كانت معيبة ، كما أن اكتساب البائع الملكية من مالك المبيع له نفس تأثير اقرار المالك فى تصحيح البيع • والحكمان الأخيران لا يتفقان مع قواعد البطلان النسبى ، وهما نقل عن قواعد الفسخ •

ولكن تكييف نظام معين يجب ألا يؤخذ من تسميته بل ينظر فيه الى حكم القواعد التى تحكمه • والنظر الى قواعد بيع ملك الغير يتجه بلا أدنى تردد الى نطاق نظرية الفسخ ، ولذا يجب تكييفه بذلك • فالقانون المصرى اذ نظم ما أسماه بطلان بيع ملك الغير لم ينظم فى الواقع الا الفسخ لعدم تنفيذ بيع ملك الغير[٢] » •

---

(١) أو الراهن والمرتهن فى الرهن •

(٢) جميل الشرقاوى : المصدر السابق ـ فقرة ١٠٣ ـ ص ٢٩٣ وما بعدها •

تقدير نظرية الفسخ :

يؤخذ على نظرية الفسخ أنها لا تأخذ فى الاعتبار التطور الذى حصل فى طبيعة عقد البيع حيث صار ناقلا للملك ، خلا بيع الأموال المستقبلة أو الأشياء المعينة بالنوع والبيوع المؤجل انتقال الملكية فيها بادارة الطرفين ، كما أخذ عليها انها تؤدى الى نتائج تخالف ما قررته المحاكم ، ومنها : أنه لا يجوز طلب الفسخ الا بعد اعذار المدين • بينما المشترى له أن يطلب لابطال دون اعذار بائع ملك الغير • وفى الفسخ يجوز منح المدين أجلا للوفاء ، أما فى بيع ملك الغير فان المشترى متى طلب الابطال يحكم له به •

والفسخ يمكن رفض الطلب المقدم به اذا عرض المدين الوفاء ، أما فى بيع ملك الغير فلا يجوز طالما جاء تملك البائع أو اقرار المالك بعد رفع الدعوى[1] •

٣٠٠ — ثانيا : نظرية البطلان النسبى :

ذهبت أغلبية الفقة المصرى الى هذه النظرية تعضدها فى ذلك صراحة النصوص فيما يتعلق ببيع ملك الغير حيث تذكر المادة ٤٦٦ مدنى مصرى حق المشترى فى طلب الابطال[2] • وتشير الى حقه فى اجازة العقد • والقابلية للابطال والاجازة لا يكونان فى البطلان المطلق وانما فى البطلان النسبى •

---

(١) السنهورى : جـ ٤ — فقرة ١٥٥ — صفحة ٢٧٦

(٢) على خلاف ذلك لم تعط المادة ٤١٥ التزامات مغربى للمشترى حق طلب الابطال وانما أعطته حق طلب الفسخ اذا كان يجهل أن الشىء مملوك للغير والزمت البائع بالتعويض ، ولم تعط للبائع حق التمسك بالبطلان بحجة أن الشىء مملوك للغير .

ولكن الفقه الذى يذهب الى هذا الرأى يلاحظ مع ذلك أن البطلان ليس نسبيا خالصا ، لأن حق المشترى فى طلب الابطال لا يبقى له اذا تملك البائع المبيع ، أو اذا أقر المالك الحقيقى البيع ، وهـذه سـمات تخالف البطلان النسبى • ورهن ملك الغير لا ينتج أثره المقصود قبل اقرار المالك أو تملك الراهن بينما العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج آثاره الى أن يحكم بابطاله ، كذلك لا تؤدى اجازة المشترى للعقد الى تصحيحه ، بل يظل العقد فى حاجة الى عنصر آخر كيما يصح هو اقرار شخص لم يكن طرفا فيه وهو المالك الحقيقى ، وهذا أيضا يخالف البطلان النسبى • ثم ان البطلان النسبى الذى يتعلق بعيوب الارادة ونقص الأهلية بالذات لا محل له اذا لم يكن قد لحق ارادة المشترى عيب ، وعلى وجه التحديد اذا كان يعلم وقت التعاقد بأن البائع غير مالك Non domino وبالتالى لم يكن هو واقعا فى غلط • فالبطلان النسبى فى هذه الحالة جاء على خـلاف القياس ، اذ ليس له أساس من المنطق القانونى وكل سـنده هو جريان النص به لا غير • لكل هذه الأوجه كان البطلان النسبى نفسـه قلقا فى موضعه ، لذلك لجأ الفقه القائل بهذه النظرية الى وسائل مختلفة للخروج من حالة القلق هذه •

فالأغلبية تقول ان البطلان النسبى هنا بطلان نسبى من نوع خاص فهو لا يستند الى القواعد العامة ، وانما الى نص خاص أنشأه[1] •

---

(١) السنهورى : جـ ١٠ ـ فقـرة ١٣٨ ـ ص ٢٠٧ ؛ البـدراوى فقرة ٢٢ ص ٣١ ـ فقرة ٤٠ ص ٩٥ ، عبد الباقى : فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠ ، محمد على امام : التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٦ فقرة ١٤٩ ص ٢٤٠ و ٢٤١ . ونفس هذا الرأى بالنسبة لبيع ملك الغير . اسماعيل غانم : الوجيز فى عقد البيع ١٩٦٣ ـ فقرة ١١ ويقصر محمد لبيب شـنب حق المشترى فى طلب الابطال على الحالة التى يكون فيها حسن النية يجهل يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع . أنظر كتابة شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٢ فقرة ٥١ ـ ص ٦٦ .

ويرى البعض أن التصرف الباطل بطلانا نسبيا قد يعنى أحيانا انه قابل للتصحيح ، ومعنى هذا أن التصرف لا يعتبر قائما ولا ينتج آثاره ما لم يتم تصحيحه • فالعقد القابل للتصحيح صورة من صور البطلان النسبى ، ورهن ملك الغير من هذا القبيل[١] •

ورغم أن عيوب نظرية البطلان النسبى غير خافية على القائلين بها الا أن الحقيقة أنهم لم يجدوا مناصا من القول بها ازاء صراحة نصوص البيع كما قلت : ولكن نصوص الرهن ليست كذلك فلم يرد فيهـا ذكر القابلية للابطـال ، وهـذا أمر له أثره فى استبعاد نظـرية البطـلان النسبى فيما يتعلق برهن ملك الغير •

وقد وجه بعض الفقهاء النقد الى فكرة البطلان النسبى من النواحى التى لاحظها القائلون بها أنفسهم والتى أسلفنا ذكرها ثم من ناحية القول بأن البطلان من نوع خاص هو قول لا يفسر شيئا وانما يعتبر تسـليما بالعجز عن رد الأحكام الى القواعد العامة ولا يصح التسليم بذلك قبـل استنفاذ جميع الوسائل التى تتيحها القواعد العـامة[٢] • أما عن الرأى

---

(١) سمير عبد السيد تناغو : فقرة ٧٥ ــ ص ١٨٩

(٢) سليمان مرقص : عقد البيـع ــ فقرة ٣٠٤ ص ٥٤٦ . ويرى الدكتور شمس الدين الوكيل أن المشرع قد استخدم أداة تجاوز الهدف الذى يتطلع الى ادراكه ، ويفضل استخدام صياغة المادة ٢٨٢٢ من القانون الايطالى ونصها « اذا أنشأ الرهن شخص غير مالك الشىء فانه لا يجوز اجراء القيد الا من الوقت الذى يصبح فيه الراهن مالكا لهذا الشىء » . ثم يذكر اتجاها معاصرا فى الفقهين الألمـانى والايطالى الى تقسيم التصرفات القانونية التى تتعطل آثارها الى طائفتين وفقا لطبيعة العقد التى تعوق ترتيب هذه الآثار : الأولى هى التصرفات القانونية التى تصاب بعيب أصيل يكمن فيها وبالتالى يعوق ظهورها الى عالم القانون . وهنا يتعلق الأمر بسلامة التصرف وصحته والثانية هى التى يتوافر لها وجود قانونى وتلزم أطرافها ولكن العيب الذى ينسب اليها يعوق ترتيب آثارها . وهذا العيب بطبيعته حائز

القائل بأن العقد قابل للتصحيح ، فالواقع ان القابلية للابطال والقـابلية للتصحيح متلازمان فى العقد الباطل بطلانا نسبيا ، ولا نجد فيه أحدهما دون الآخر • لذلك لا يبدو لنا هذا الرأى صحيحا ، لأنه أراد الفصل بين قابلية العقد للابطال وقابليته للتصحيح وأن يأخذ أحدهما دون الآخـر مما يخلق نوعا جديدا من البطلان لا تعرفه القواعد العامة •

٣٠١ ــ ثالثا : نظرية البطلان المطلق :

ذهبت بعض الآراء فى الفقه الفرنسى الى أن بيع أو رهن ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لانعدام السبب أو عدم تخصيص الرهن (انظر المـادة ٢١٢٩ مدنى فرنسى) أو لاستحالة المحل استحالة مطلقة • فالبائع وهـو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك الى المشترى[١] • وفى الرهن يستحيل على الراهن أن ينشىء حق الرهن لصـــالح المرتهن على مال لا يملكه لنفسه •

الزوال وعندئذ تترتب كافة الآثار التى ينتجها التصرف دون حاجة الى اعادة ابرامه . والمنطق القانونى البحت يقضى بأن شروط سلامة التصرف هى التى تتعلق بالعنصر الانشائى فيه وتدور فقط حول الارادة أى الشروط بوجود وتلاقى وصدق رضاء المتعاقدين . ويلحق بها أيضا شرط الأهلية والشروط الشكلية بوصفها مقررة لحماية الرضـــاء . وفيما عدا ذلك فهو يخرج عن نطاق الرضاء ويعتبر من قبيل الشروط اللازمة فقط لترتيب آثار التصرف القانونى . على أن المشرع وفقـــا للسياسة التى يرسمها لترتيب الآثار القانونية للرهن ، قد يدخل على شروط السلامة شروطا أخرى بتحـــديد القانون وعندئذ يكون البطلان فقط هـــو الجزاء الطبيعى على تخلف عنصر انشائى فى التصرف القانونى فوجب تملك الراهن للعقار لا يعتبر من الشروط الانشائية للتصرف وانما هو شرط لازم لترتيب الآثار القانونية للرهن . انظر : الوكيل : ص ٩٣ هامش ٢

(١) انظر فى الاشارة الى هذه الآراء : السنهورى ــ حـ ٤ ــ فقرة ١٤٥ صفحة ٢٧٦

ولذلك يرون بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا : بطلانا يجيز لكل ذى شأن أن يتمسك به ، ولا يصححه اكتساب الملك اللاحق[١] ويرى القضاء وبعض الفقهاء قصر البطلان المطلق على رهن ملك الغير دون بيع ملك الغير[٢] ويرى القضاء الفرنسى بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا ولو اكتسب الراهن ملكية العقار بعد ذلك[٣] والبطلان لا تصححه الاجازة لأنه يتعلق بالنظام العام ولكن يجوز انشاء رهن جديد بعد تملك الراهن ولا تكون له مرتبة الرهن السابق[٤] . وينتقد بعض الفقهاء تفرقة القضاء بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير باعتبارها غير عادلة[٥] .

وتذهب بعض الآراء فى القانون المغربى الى أن حكم رهن ملك الغير هو البطلان المطلق كالفقه الفرنسى[٦] قياسا على الفصل ١١٧٣ التزامات وعقود .

---

(١) BEUDANT Ch. : Cours de droit civil français. Tome XIV. Paris 1943, 2e éd., No. 781, p. 184.

(٢) JOSSERAND Louis : Cours de droit civil positif français. Tome II, Paris 1930, No. 1685, p. 807.

(٣) Leon JULLIOT de la Morandière : droit civil, tome III 3e éd., Dalloz 1967, No. 764, p. 395.

(٤) Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil français. Tome XII, 1er parie, 2e éd., Paris 1953. No. 421 pp. 454-455.

(٥) Henri, Léon et Jean Mazeaud : Leçons de droit civil. Tome III, 1er vol., 3e éd., Paris 1968. No. 263. p. 242.

(٦) الكزبرى : التشريع العقارى والضمانات ــ ص ٢٣٩ ديكرو : فقرة ٦٢٤ ــ ص ٣٩١ . وسنرى أن الفصل ١١٧٣ يتضمن احكاما لا تتفق مع أحكام البطلان المطلق .

وتعد من نظريات البطلان المطلق فكرة تحول العقد الباطل فى الفقه المصرى فصاحب هذه الفكرة يرى أن بيع أو رهن ملك الغير باطل بطلانا مطلقا للاستحالة المطلقة . والاستحالة المطلقة عنده ليست استحالة الأمر على الكافة وفى جميع الظروف الأحوال ، وانما هى استحالة الأمر فى ظروف معينة هى الظروف المحيطة بالمدين . وتقدر الاستحالة بمعيار موضوعى أى بمعيار الرجل المعتاد . فتعتبر استحالة مطلقة متى كان الرجل المعتاد اذ وجد فى مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الالتزام ولو كان يستطيع القيام به فى ظروف أخرى . ويعتبر من الظروف المحيطة به كونه غير مالك ، ولذلك يعتبر التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا . ولكنه يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد سواء فى بيع ملك الغير أو فى رهن ملك الغير تطبيقا للمادة ١٤١ مدنى مصرى (التى يقابلها الفصل ٣٠٩ التزامات مغربى) اذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك التحول لو علما أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . ويمكن القول ان المشرع فرض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة الى تحول عقد البيع من النوع الناقل للملكية الى النوع الذى ينشىء التزامات شخصية وانه لذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذى قصد ابرامه ولو أنه باطل بطلانا مطلقا . أما انصراف نية المشترى الى ذلك فمفروض الى أن يثبت العكس[1] .

---

(١) سليمان مرقس : شرح القانون المدنى ــ الجزء الثالث ــ العقود المسماة ــ المجلد الاول ــ عقد البيع طبعة ١٩٦٨ فقرة . ٣صفحة ٥٤٦ وما بعدها . وكان قد راى تطبيق الفكرة ذاتها بالنسبة الى رهن ملك الغير فى كتابة : التأمينات العينية ١٩٥١ ــ فقرة ٤٣ صفحة ٥٣ ، ٦٠ .

وقد انتقدت فكرة تحول العقد انتقادات كثيرة سواء فى مجال بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير نجملها فيما يلى :

١ — ان القول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير هو فى أصله باطل بطلانا مطلقـا يتعارض مع نص صريح من نصـوص التقنين المدنى المصرى[1] ، كما يتعارض مع نصوص القانون المغربى لأن الفصل ١١٧٣ التزامات وعقود الذى يقاس عليه حكم الرهن الحيازى ، لا يرتب آثار البطلان المطلق فالعقد الباطل لا يصححه اجراء لاحق ، أما الرهن هنـا فيصح باكتساب الراهن الملكية وباقرار المالك الأصلى .

٢ — ان القول بأنالعقد الباطل قد تحول الى عقد منشىء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة ، فهـذه تقتضى أن نية المتعـاقدين كانت تنصرف وقت العقد الى العقد الجديد لا الى العقد الباطل ، ونية المشترى أو الدائن المرتهن تستعصى على هـذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا الى العقد الجديد منذ البداية فلا يجـوز اثبات العكس ، وينبغى ألا يجوز لذلك للمشترى أو للدائن المرتهن أن يطلب ابطال البيع أو الرهن ، أو ألا تكون قد انصرفت الى العقد الجديد فلا يكون هنـاك تحول ، وينبغى أن يبقى البيع أو الرهن باطلا بطلانا مطلقا ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح[2] .

٣ — من ناحيـة الاستحالة المطلقة بالمعنى الذى يقول به صـاحب الرأى من أن الرجل العادى لا يستطيع أن ينقـل الملكية حالة كونه غير مالك لو صح ذلك لكان كل دين لا يملك المدين به ما يمكنه من الوفاء مستحيلا ، ثم ان عدم تملك المبيع ليس ظرفا خارجيا . وفى هذا الصدد

---

(١) ، (٢) السنهورى جـ ١٠ فقرة ١٣٨ ص ٣٠٥ ، و ٣٠٦ ، وقـد رأينا أن النص على طلب الابطال لم يرد الا فى بيع ملك الغير فى القـانون المصرى دون رهن ملك الغير .

يجب التفرقة بين العقار والمنقول : فاذا كان المبيع عقارا فلا توجد استحالة بالمرة لأن بيع العقار يقتصر على توليد التزام بنقل الحق دون أن ينفذ هذا الالتزام بقوة القانون فور نشوئه • والالتزام بنقل الحق الذى لا يملكه الملتزم ليس مستحيلا فى ذاته فالبائع يستطيع أن ينفذه • وهو التزام بتحقيق غاية عن طريق الحصول على اقرار المالك للبيع أو كسب الحق المبيع بالشراء ، فاذا لم يستطيع أن ينقله فقد أخل التزامه وكان الجزاء هو الفسخ وفق القواعد العامة • ولا يمنع من هذا أن يكون قد بذل عناية الرجل المعتاد فى الحصول على الحق لينقله • أما المنقول فتثور الصعوبة بالنسبة له ، وحجة الرأى المنتقد ان العقد أصبح ناقلا بذاته للحق ، ولما كان البائع غير مالك فالحق لا يمكن نقله ويكون المحل مستحيلا ، وهذا هو الذى كان يجب القول به لو أن المشرع يرتب على البيع نقل الحق مباشرة اذ يكون محل العقد هو نقل الحق وهو مستحيل، ولكن المشرع يجعل أثر العقد هو انشاء التزام بنقل الحق ثم ينفذ هذا الالتزام فور نشوئه ، ويترتب على ذلك أن محل العقد هو انشاء التزام بنقل الحق ولا ينفذ بقوة القانون فور نشوئه ، ولذا كان الرأى السائد أن عقد بيع ملك الغير لو ترك للقواعد العامة لكان صحيحا[1] •

٤ — ان القول بافتراض نية البائع أو المشترى قول غير صحيح لأن النية المفترضة هى حكم القانون ، ولا يمكن أن تنسب الى الشخص ارادة لم تصدر منه صراحة ولا ضمنا ، ولا يمكن القول أن المشرع يستخلصها ضمنا ما دام الشخص لا يستطيع أن يثبت عكسها • ثم انه لاثبات عكس النية المفترضة يجب أن يوجد ما يدل على العكس وقت العقد[2] •

---

(١) ، (٢) الدكتور منصور مصطفى منصور : العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجار) ١٩٥٦ — فقرة ١١٥ ص ٢٥٥ وما بعدها .

وقدر رد الدكتور سليمان مرقس على الانتقادات السابقة الموجهة الى فكرته عن تحول العقد بما يلى بحسب نفس ترتيب عرضها :

١ — اذا كانت فكرة البطلان المطلق لا تستقيم مع نصوص القانون فان فكرة البطلان النسبى هى أيضا لا تستقيم مع نصوصه ، اذ ليس مما يتفق مع القابلية للابطال تصحيح العقد بارادة شخص أجنبى عنه أو حصول واقعة قانونية كارث أو تقادم مكسب .

٢ — ان نصوص بيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المشرع نظرية التحول تطبيقا تشريعيا على هذا البيع ، والمشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتيتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التى تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشىء فى الآثار التى ترتبها .

٣ — ان كون المال المبيع مملوك لغير البائع أمر موضوعى يجب أن يقام له وزن فى تقصى ما يعتبر ممكنا للرجل العادى أو غير ممكن ولا شك فى ان الرجل العادى يستحيل عليه أن ينقل الى المشترى مالا مملوكا لغيره .

وحتى مع التسليم بأن العقد ينشىء التزاما بنقل الملكية ولا ينقل الملكية مباشرة فان ذلك لا ينفى استحالة تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع المملوك للغير اذا كان المقصود به نقل الملكية بمجرد العقد ، أما اذا كان المقصود به نقل الملكية بعد حلول أجل أو تحقق شرط فلا يكون محل الالتزام مستحيلا ويكون العقد صحيحا .

٤ — أما عن افتراض نية البائع والمشترى فان التطبيق التشريعى قد افترض ثبوت انصراف نية المشترى الى التحول وقت ابرام العقد فرضا قابلا لاثبات العكس ولا يتصور أن يكون اثبات عكس القرينة

تاليـا لابرام العقد • وهـذا نتيجة لتجاوز التطبيق التشريعي عن شرط ثبوت انصراف النية الى التحول وقت ابرام العقد[١] •

ويبدو لنا أن فكرة الدكتور مرقس مازالت غير مقتنعة لأن تحول العقد ما دام غير موافق للتحول المعروف فى القواعد العـامة فهـو اذن تحول من نوع خاص ، والقـول بأن تكييفا معينـا هو تكييف من نوع خاص قول لا يحل مشكلة وانما هو تسليم بالعجز عن رد الأمر الى قاعدة معينة كما لاحظ صاحب الرأى نفسـه على نظرية البطلان النسـبى من نوع خاص •

٣٠٢ ــ رابعا ــ نظرية دعوى ضمان الاستحقاق المستبقة :

الى هذه النظرية يتجه الفقه الفرنسى الحـديث ، ومؤداها انه اذا كان على المشترى فى دعوى ضمان الاستحقاق العادية أن يتربص حتى يحصـل التعرض له من المسـتحق ، ثم يرفع دعوى ضـمان التعرض والاستحقاق فانه فى بيع ملك الغير لا يلزم بذلك وله ألا ينتظر وقوع التعرض من المالك الحقيقى ، به له أن يبادر الى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع • فهذه الدعوى ليست الا دعوى ضمان استحقاق معجلة من المشترى • ; Garantie d'épiction anticipée هى دعوى لحماية مصلحة المشترى فقط[٢] •

ولكن يعاب على هذه النظرية أنها لا تنسجم مع أحكام التقادم فى القانون الفرنسى اذ يقتضى اعتبارها دعوى ضمان أن تكون مدة تقادمها ثلاثين سنة لا عشر سنوات[٣] •

---

(١) مرقس : عقد البيع ــ ١٩٦٨ ــ ص ٥٤٩ هامش ١

(٢) السنهورى : جـ ٤ ــ فقرة ١٥٥ ــ ص ٢٧٨ وهامش ١

(٣) موسوعة دالوز جـ ٥ ــ بيع ــ فقرة ٣٨٩

٣٠٣ — خامسا : نظرية العقد الموقوف :

تذهب هــذه النظرية الى أن رهن ملك الغير لا يعتبر العقــد فيه باطلا ، فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده • وصدر ممن يعتبر أهلا له وان كان لا ولاية له على الملكية محل التعاقد • والعقد عند انعدام الولاية يعتبر عقدا موقوفا ، أى ان أثره يظل معلقا على ارادة من له ولاية ، فاذا صــدر الاقرار انتج العقــد جميع آثاره من وقت صــدوره • اما قبل ذلك فالعقــد قابل للابطال وتصححه الاجازة ، فهــذه الاجازة ان هى الا تنازل المتعاقد الآخر عن حقه فى الرجوع ، والعقد قبل الرجوع يصلح محلا للاقرار اما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الاقرار • واذا كان الراهن لا يستطيع التحلل من العقد فذلك لأن العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقا موقوفا • واذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هــذا الحق فالطرف الأول لا يســتطيع ذلك • وهــذا الحق ليس حق الرهن ولا حق الملكية بل هو حق احتمالى منشؤه العقد الموقوف الذى يضــع المتعاقدين فى مركز قانونى أشــبه ما يكون بمركز المتعاقدين فى الفترة التى تسبق العقد Avant contrat (١) •

خلاصة هذا الرأى اذن هى أن رهن ملك الغير عقد معلق على شرط الاقرار وان جاز للمتعاقد الآخر التحلل منه(٢) •

وقد أخذ على هذا الرأى :

١ — لو كان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير موقوفا ، لمــا انتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقى كمــا تقضى بذلك أحــكام الفقه الاسلامى ولكن كلا من العقدين ينتج أثره فى الحال ، ولا يبطل الا اذا

---

(١) شفيق شحاته — ص ٨٠ هامش ١

(٢) شفيق شحاته — ص ٨١

طلب المشترى أو الدائن المرتهن ابطاله ، ثم ان المشترى والدائن المرتهن يملك كل منهما الاجازة والعقد الموقوف فى الفقه الاسلامى لا يجيزه الا المالك الحقيقى •

٢ ـ نظرية العقد الموقوف اذا أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى نقلا عن الفقه الاسلامى باعتباره مصدرا من مصادر هذا القانون ، فذلك لا يكون الا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه • ولذلك قد يصح الأخذ بالفقه الاسلامى فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فيكون تعاقده موقوفا على اجازة الموكل ، اذ لا نص يمنع من ذلك • اما هنا فيوجد نص تشريعى صريح يجعل كلا من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير عقدا قابلا للابطال لا عقدا موقوفا فيجب فى هذه الحالة اعمال النص الصريح[1] •

وقد دافع بعض الفقهاء عن نظرية العقد الموقوف ضد هذه الانتقادات فقال بالتفرقة بين حكم العقد فيما بين طرفيه وبالنسبة للمالك• فبالنسبة للمالك يكون العقد غير نافذ فى حقه سواء كان صحيحا فى ذاته أو قابلا للابطال • ويمكن الأخذ بفكرة العقد الموقوف فالوقف يرد على الأثر الجوهرى للعقد وهو انشاء الرهن ، ولا يعترض بأن القانون الوضعى وان عرف العقد الموقوف فى الأمور التى استقاها من الشريعة الاسلامية التى هى مهد الفكرة ، الا أنه فى الأمور التى لم يستقها منها لا يعرف الا العقد الصحيح أو العقد الباطل ، اذ ما هو العيب فى أن يأتى الفقه بتصوير جديد ما دام لا يخالف فى ذلك الأحكام الموضوعية فى القانون • وأما الاعتراض بأن العقد الموقوف لا ينتج أى أثر قبل اجازته فهو صحيح • ولذلك فبين المتعاقدين يخضع للقواعد العامة :

---

(١) السنهورى : جـ ١٠ ـ فقرة ١٣٨ ـ ص ٣٠٦ و ٣٠٧

واما ان يكون المتعاقدان أو أحدهما يجهل ان المـال غير مملوك للراهن فيكون العقد قابلا للابطال للغلط • وان كانت مصلحة الراهن فى الابطال لا تبدو واضحة وضـوح مصـلحة المرتهن ، ويكون لصـاحب المصلحة فى التمسك بالابطال أن ينزل عن حقـه أو لا يثيره فى المـدة المحددة فتتأكد صحة العقد بين طرفيه وان كان التأكيد لا قيمة له من حيث عدم انتاج العقد لحق الرهن اذ هو لا ينتج الا بتدخل المالك ، ويظل هذا العقد قائما وصحيحا ومنتجا لاثاره وأهمها الزام الراهن بانشاء حق الرهن • فاذا ما اكتسب الراهن ملكية العقار نشأ الرهن واعتبر التزام الراهن منقضيا[1] •

وقد عاد الاستاذ الدكتور السنهورى الى فكرة العقـد الموقوف مبينا مزاياها فى كتابه : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى فقال : ان بيع ملك الغير فى الفقه الاسلامى يعتبر عقدا موقوفا • والعقد الموقوف هـو صورة عكسية من العقد القابل للابطال ، هو باطل حتى ينفذ بالاجازة ، اما العقد القابل للابطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الاجازة •

والعقد الذى يتردد بين مرتبتى البطلان والصحة يتصـور فيه أحد أمرين :

١ ــ أن يجعل باطلا حتى يصح وهذا ما اختاره الفقه الاسلامى •

٢ ــ ان يجعل صحيحا حتى يبطل وهذا ما اختاره الفقه الغربى •
وللمفاضلة بين النظامين ينبغى أن تنظر الى الحـالات التى يكون فيهـا العقد موقوفا فى الفقه الاسلامى أو قابلا للابطال فى الفقه الغربى • اذا تصرف الفضولى فى ملك غيره ، فهل الأولى ابطال التصرف حتى يجـاز كما يفعل الفقه الاسلامى أم نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربى ؟

---

(١) احمد سلامة فقرة ٣٨

واضح هنا أيضا والفضولي يتصرف في مال لا ولاية له عليه • ان الأولى هو وقف التصرف حتى يجاز ، فالفقه الاسلامي هنا أرقى في صناعته من الفقه الغربي • في بيع ملك الغير أو تصرف الفضولي يجعل الفقه الغربي العقد نافذا حتى يبطل • ولما كان جعل العقد نافذا في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول ، لذلك اضطر الفقه الغربي أن يستعين بفكرة ضمها الى فكرة العقد القابل للابطال ، فجعل العقد الى جانب كونه قابلا للابطال غير نافذ في حق المالك الحقيقي ، فلجأ الى فكرة الوقف في حق المالك • أما الفقه الاسلامي فعنده العقد موقوف ، فهو موقوف في حق البائع وفي حق المشتري وفي حق المالك جميعا • فلم يكن في حاجة الى فكرة عدم السريان التي احتاج اليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذا • وبذلك يرجع العقد الموقوف العقد القابل للابطال لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر فاذا قلنا عقد الفضولي (أو رهن ملك الغير) في الفقه الاسلامي موقوف فقد قلنا كل شيء •

أما اذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للابطال وجب أن نقول الى جانب ذلك أنه أيضا عقد غير سار في حق المالك الحقيقي • فهو عقد قابل للابطال في حق المشتري وحده ، والمشتري هو الذي يملك ابطال العقد لأن البطلان لمصلحته هو ولا يملك البائع ذلك • ولما كان المشتري يملك ابطاله فانه يملك أيضا اجازته ، وسواء أبطله أو اجازه فانه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي الا اذا اجازه هذا المالك ، فاذا اجازه على الصناعة القانونية ، فان المعهود في العقد القابل للابطال أن الذي فقد سرى في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد • وفي هذا خروج على الصناعة القانونية ، فان المعهود في العقد القابل للابطال أن الذي يبطل العقد أو يجيزه هو وحده العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، وهنا يملك غير العاقد (المالك) اجازة العقد فيصح في حق المشتري نفسه • ومن ثم كان حكم بيع ملك الغير ولا يزال مشكلة تحير الباحثين

فى الفقه الغربى . ولو استعار هذا الفقه من الفقه الاسلامى فكرة العقد الموقوف وواجه بيع ملك الغير لأفاد كثيرا من ذلك .. ولكانت اجازة العقد تقتصر على المالك فلا يملك المشترى اجازته وكل هذه أحكام أكثر ملاءمة لحالة العقد[1] .

والواقع اننا فى بحثنا لرهن ملك الغير وبعد استبعاد النظريات السابقة على نظرية العقد الموقوف لا نجد عقبة حقيقية فى الأخذ بنظرية العقد الموقوف سواء فى القانون المصرى أو القانون المغربى وسواء بالنسبة الى الرهن الرسمى الاتفاقى . أو الى الرهن الحيازى .

٣٠٤ ـ استثناءات من حكم رهن ملك الغير :

ويستثنى من حكم عدم نفاذ رهن ملك الغير فى مواجهة المالك الحقيقى بضع حالات خرج فيها المشرع عن هذا الحكم وهى رهن المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى ورهن الوارث الظاهر ، ورهن من تملك بسند صورى .

٣٠٥ ـ اولا : رهن المالك الذى زالت ملكيته باثر رجعى :

نصت المادة ١٠٣٤ مدنى مصرى على أن « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ووضع المرتهن من شخص زال بعد قيد الرهن سند ملكيته بأثر رجعى ، لو ترك لحكم القواعد العامة لوجب اعتبار رهنه كأن لم يكن . ولكن حماية لحسن نية هذا المرتهن ، رأى المشرع أن يبقى على الرهن الصادر لصالحه اذا توافرت شروط ثلاث :

---

(١) السنهورى : مصادر الحقوق فى الفقه الاسلامى ـ ١٩٥٧ ـ الجزء الرابع صفحة ٣٠٤ وما بعدها .

١ — أن يكون الراهن مالكا للعقار وقت ابرام عقد الرهن[١] ، وأن يكون سند ملكيته قابلا للالغاء بأثر رجعى . ويترتب على هذا الشرط انه اذا كان الراهن لا يملك العقار عند الرهن طبق عليه رهن ملك الغير لا الحكم الاستثنائى الذى تتحدث عنه الآن ، واذا كان سند ملكية الراهن باطلا بطلانا مطلقا أو كان الراهن واضع يد بدون سند أصلا فلا ينطبق حكم المادة ١٠٣٤ مدنى ، وانما يجب أن يكون سند الملكية قابلا للالغاء بأثر رجعى ، وذلك كأن يكون هذا السند باطلا بطلانا نسبيا ، أو قابلا للفسخ ، أو كان هبة يجوز للواهب الرجوع فيها[٢] .

٢ — أن يكون المرتهن حسن النية : فاذا كان المرتهن لا يعلم بالعيب الكامن فى ارادة أحد طرفى العقد الذى تملك به الراهن ، أولا يعلم بالسبب الذى يؤدى الى الفسخ ، وبصفة عامة اذا كان المرتهن لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالعيب الذى يجعل سند ملكية الراهن قابلا للالغاء بأثر رجعى ، فان هذا الدائن يكون حسن النية[٣] .

وحسن النية مفترض وعلى من يدعى عكسه اثبات ما يدعيه . ولكن اذا أثبت الخصم انه كان أمام المرتهن سبيل للشك فى ملكية الراهن ، كأن كان الراهن مازال مدينا بالثمن أو بعضه ، فاذا لم يدفع ما هو مدين به فسخ البيع ، كان على الدائن المرتهن أن يثبت انه لم يكن يعلم ان

---

(١) لبيب شنب : فقرة ٤١ صفحة ٣٠

(٢) البدراوى : فقرة ٢٥ صفحة ٣٣ و ٣٤

(٣) البدراوى : فقرة ٢٥ — صفحة ٣٥

الراهن لا يزال مدينا بالثمن أو بعضه[١] . على ان هنـاك حدا فاصـلا يعتبر المرتهن عنده سيىء النيـة ، وذلك اذا كان الطاعن فى سـند ملكية الراهن قد سجل صحية دعواه أو أشر بها طبقا للمادة ١٥ من قانون الشهر العقارى المصرى قبـل قيد حق الرهن ، فان المرتهن يعتبر سيىء النيـة ولا يستفيد من حكم المادة ١٠٣٤ مدنى ، واما اذا كان حق الرهن قد تم قيده قبل تسجيل صحيفة دعوى الطعن أو التأشير بهـا فان حسن نيـة المرتهن يكون مفترضا وعلى من يدعى عكسه اثباته كما تقدم[٢] .

٣ ـ أن تزول بعد الرهن ملكية الراهن بأثر رجعى يرتبه القانون : كما فى ابطال العقد وفسخه والرجوع فى الهبة . أما اذا كان الأثر الرجعى اتفاقيا كما فى التقايل فى بيع العقـار ، فانه ليس من شـأنه التأثير على صحة الرهن الصادر من المشترى قبل التقايل[٣] .

وجه تقرير هذا الشرط ، أن المادة ١٠٣٤ مدنى تحمى المرتهن من الأثر الرجعى الذى يرتبه القانون على زوال الملكية ، فتبقى هذه المـاهة رهنه رغم الأثر الرجعى ، ويعود العقار الى المالك السـابق مثقلا بحق الرهن الخاص بالدائن حسن النية وينفذ هذا الدائن على العقار فى مواجهة المالك السابق باعتباره حائزا للعقار المرهون[٤] .

---

(١) السنهورى فقرة ١٤٣ صفحة ٣١٧

(٢) السنهورى فقرة ١٤٣ صـفحة ٣١٨ ، البـدراوى فقرة ٢٥ صفحة ٣٥

(٣) السنهورى : صـفحة ٣٢٠ هامش ١ ، الوكيل : فقرة ٤٧ صفحة ١٣٤

(٤) البدراوى : فقرة ٢٥ ـ صفحة ٣٤ . وقارن : لبيب شـنب : فقرة ٤٢ صفحة ٥٤

وفى تأصيل حكم المادة ١٠٢٤ مدنى قيلت عدة آراء : فتذكر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى انه « يمكن القول أن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية ، تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال ان الرهن الرسمى ، كما يكسب بالعقد كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك فى أحوال معينة ، اذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية[1] » ويذهب البعض الى أن حق الرهن ينشأ مباشرة على عقار المالك الحقيقى بعد زوال ملكية الراهن بأثر رجعى كما لو كان العقار لا يزال على ملك الراهن ، فيعتبر الراهن مالكا ظاهرا[2] . ويذهب رأى رابع يبدو أقرب الى الصواب الى أن هذا الحكم يرجع الى أن المشرع يحد من اطلاق الأثر الرجعى لزوال الملكية بحيث لا يؤثر فى حقوق الغير حسن النية[3] .

أما فى القانون المغربى فقد يبدو لمن يطلع على الفصل ١٧٥ من تشريع العقارات المحفظة أنه لا يستثنى المرتهن حسن النية فيبقى الرهن المقرر لصالحه اذا زالت ملكية الراهن بأثر رجعى . فالفصل ١٧٥ يقول : « ان من ليس لهم على الملك الا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ فى بعض الحالات أو معرض للابطال لا يمكنهم أن يعطوا الا رهنا خاضعا لنفس الشروط » . فظاهر النص يوحى بأن المرتهن حسن النية وسيئها فى هذا الحكم يستويان .

---

(١) الاعمال التحضيرية جـ ٧ ــ صفحة ٢٠ .

(٢) شفيق شحاته : فقرة ٩٩ صفحة ٩١ و ٩٢

(٣) السنهورى : فقرة ١٤٣ صفحة ٣٢١ ، تناغو : فقرة ٧٧ صفحة ١٩٧

وكذلك الفصل ١١٧٢ التزامات وعقود الذى ينص فى الرهن الحيازى على أن « من ليس له على الشىء الا حق قابل للفســـخ أو معلق على شرط أو قابل للابطال لا يحق له أن يجرى عليه الا رهنا معلقا على نفس الشروط أو معرضا لنفس الابطال » ، غير أن هذه النظرة الأولية ليست صحيحة فحسن النية اعتبار له أهميته فى مجــال العقــود • ولذلك فان المشرع لا يفوته عادة أن يتحفظ لهذا الاعتبار لذلك نجده فى باب ابطال الالتزامات ينص فى الفصـــل ٣١٦ على أنه « يترتب على ابطال الالتزام وجوب اعادة المتعاقد الى نفس ومثل الحالة التى كانا عليها وقت نشـــأته والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذى تقرر ابطاله • وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسن النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة » • وهـــذا نص يؤخذ منه أن المشرع يضع حسن النية موضـــع الاعتبار فى مجـــال العقود ولا يسوى بينه وبين سوء النية كما يوحى ظاهر الفصـــل ١٧٥ والفصل ١١٧٢ سالفى الذكر • وتطبيقا لذلك جاء الفصـــل الثـــالث من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالنص التـــالى : « ان الرســـوم العقارية وما تتضمنه من تسجيلات تابعة لانشائها تحفظ الحق الذى تنص عليه ما لم تبطل أو يشطب عليها أو تتغير وهى حجة فى مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها وان ما يقع من ابطال أو تعيير لاحق لا يمكن التمسك به فى مواجهة الغير المســـجل عن حسن نية كما لا يمكن أن يلحق به أى ضرر » •

كذلك ينص الفصل ١٢٥ التزامات وعقـــود على أثر تحقق الشرط الواقف أو الشرط الفاسخ ، ويستثنى فى الحالتين الحقوق المكتسبة بحسن نية بقوله : « مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة ســـليمة للغير الحسنى النية •• » ومن غير اخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة ســـليمة للغير الحسنى النية •• » ويلاحظ ان الفصل ٣٣١ الخاص بحسن النية

فى تنفيذ العقود يدخل قواعد العدالة والانصاف ضمن الاعتبارات التى تؤخذ فى الحسبان عند تنفيذ العقد فيقول : « كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية ، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب ، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التى يقررها القانون أوالعرف أوالانصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته » • ومما لا شك فيه أن قواعد الانصاف لا تسمح باهدار حق مرتهن حسن النية زال سند ملكية الراهن اليه بأثر رجعى •

ومما لاشك فيه أن المشرع المغربى كان يستطيع أن يغنينا عن البحث عن أثر حسن النية الذى نتلمسه من القواعد العامة فى هذه الحالة ، لو أنه وضع فى أحكام الرهن نصا مماثلا للمادة ١٠٣٤ سالفة الذكر • وفائدة هذا النص كانت تبدو جلية بلا شك فى حالة لم نعثر لهـا على نص فى القانون المغربى وهى حالة زوال الملكية بأثر رجعى نتيجة الرجوع فى هبة •

٣٠٦ ـ ثانيا : رهن المالك الظاهر :

المالك الظاهر هو شخص لا يملك العقار حقيقة ، ولو تركنا رهنه لحكم القواعد العامة لأعملنا فيه حكم رهن ملك الغير • ويمكن أن يقع رهن المالك الظاهر فى حالات مختلفة ، منها : رهن الوارث الظاهر ورهن المالك الظاهر بسند صورى ، ورهن المالك الظاهر كاسم مستعار • والمرتهن عقارا من أحد هؤلاء بصفته الظاهرة هـذه يكون ارتهانه صحيحا نافذا فى مواجهة الغير طالما انه حسن النية • فالمرتهن من الوارث الظاهر يكون رهنه نافذا اذا ظهر وارث آخر يحجب هذا الوارث الظاهر ، فينتقل العقار الى هذا الوارث محملا بحق الرهن • واذا ارتهن شخص من مالك بسند صورى (بيعا أو هبة أو غير ذلك) فان حقـه فى الرهن يكون صحيحا نافذا فى مواجهة المالك الحقيقى ، ونافذا أيضا فى مواجهة من يرهن له المالك الحقيقى العقـار ، لأن الأول يتمسك بالعقد الظاهر الموجود بين

المالك الصوري والمالك الحقيقي ، بينما الثاني يتمسك بالعقد المستتر أو ورقة الضد الموجودة بين هذين المالكين ، والقاعدة أن يفضل التمسك بالعقد الظاهر على المتمسك بالعقد المستتر[1] . فالمادة ٣٤٤ مدني مصري تنص على أنه : « ١ — اذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري . ٢ — واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين[2] . ونفس هذا الحل يرى بعض الفقهاء الأخذ به في القانون المغربي رغم عدم وجود نص[3] ، والحقيقة أن الفصل ٢٢ من تقنين الالتزامات والعقود المغربي صريح في ترجيح كفة المتمسكين بالتصرف الظاهر ، فهو ينص على أن : « الاتفاقات السرية العارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر الا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما فلا يحتج بها على الغير اذا لم يكن له علم بها ، ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل » .

المطلب الثاني

رهن المال المستقبل

٣٠٧ — يختلف المال المستقبل عن ملك الغير . فالمال المستقبل أو العقار المستقبل ، عقار لم يوجد بعد ، فيرهن الراهن ما عسى أن يملكه من عقارات مستقبلا ، سواء من تركة أبيه أو من وصية يتوقعها أو غير ذلك . فالعقار غير معين ولا محدد تحديدا كافيا في هذه الحالات ؛

---

(١) السنهوري : فقرة ١٤٠ صفحة ٣٠٩ وما بعدها ، البدراوي الفقرتين : ٢٦ و ٢٧ ص ٣٧ ، و ٣٨

(٢) تطابق هذا النص المادة ٢٤٥ مدني سوري .

(٣) مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات جـ ١ فقرة ٢٤٢ ص ٣٠٠ .

ولا يمكن تخصيصه فى عقد الرهن بتحديده تحديدا دقيقا • ولذلك يكون الرهن باطلا بطلانا مطلقا • وحتى لو أمكن تخصيص هذا العقار ، كما اذا كان بناء يزمع الراهن بناءه على أرضه أو أرض الغير ، وحدد تحديدا دقيقا فى عقد الرهن ، فان الرهن يقع مع ذلك باطلا لأن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدنى مصرى قد نصت على ذلك بقولها : « ويقع باطلا رهن المال المستقبل » ، كذلك نص الفصل ١٧٧ من تشريع العقارات المحفظة المغربى على أنه « لا يجوز رهن الأموال التى يحصل عليها استقبالا » • فالرهن باطل لكون العقار مالا مستقبلا حتى ولو توافر فيه التخصيص • ولهذا النص فائدة اذ يتقرر طبقا له بطلان الرهن الحيازى لمال مستقبل ، خاصة وأن الرهن الحيازى لا يخضع لقاعدة تخصيص الرهن[1] • ويلاحظ أن الرهن الحيازى الحيازى للمال المستقبل فى القانون المغربى صحيح خلافا للرهن الرسمى الاتفاقى وخلافا للرهن الحيازى فى القانون المصرى فالفصل ١١٧٤ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى ينص على انه : « ومع ذلك يقع صحيحا رهن الشىء المستقبل أو غير المحقق أو الذى لم تقع حيازته بعد • ولكن هذا الرهن لا يخول الدائن الا الحق فى أن يطلب تسليم الأشياء محل العقد حينما يصبح تسليمها ممكنا » • ورغم أن هذا النص لم يرد فى القسم الخاص بالرهن الحيازى العقارى بتشريع العقارات المحفظة لا أن حكم تقنين لالتزامات والعقود سالف الذكر ينطبق عليه لأنه وارد فى الأحكام العامة للرهن الحيازى ، وهذه الأحكام العامة قد استهلها المشرع بتعريف شامل للرهن الحيازى على المنقول والعقار سويا فى الفصل ١١٧٠ مما يدل على أن هذه الأحكام العامة تنطبق على رهن المنقول والعقار رهنا حيازيا •

---

(١) البدراوى : فقرة ٢٠ — صفحة ٢٧ ، ٢٨ . وعكس ذلك ، عبد الباقى : فقرة ٢١٥ ص ٣٢٣

أما اذا كان العقار معينا بالذات ، ولكن الراهن لا يملكه ، فاننا نكون بصدد رهن لملك الغير ، لا رهن لعقار مستقبل[١] .

والحكمة من تقرير بطلان رهن المال المستقبل هى الرغبة فى حماية الراهن من اندفاعه وعدم تبصره بخطورة ما يقدم عليه وحتى لا يقع ضحية لاستغلال المربين[٢] .

وبطلان رهن المال المستقبل استثناء من حكم القاعدة العامة التى تقضى بأنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » [٣] . (المادة ١٣١/١ مدنى مصرى والفصل ٦١ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى). ومرد هذا الاستثناء الحكمة التى سبق ذكرها .

المطلب الثالث

رهن العقار الشائع

٣٠٨ ــ الفصل ١٧٥/٢ من تشريع العقارات المحفظة المغربى بأن « الرهن الذى يعطيه جميع شركاء الملك الشائع يحتفظ استثناء بأثره كيفما كانت فيما بعد نتيجة القسمة أو البيع بالمزاد العلنى » .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٣٩ ــ صفحة ٣٠٩ البدراوى : فقرة ٢٠ــ صفحة ٢٨

(٢) البدراوى : فقرة ٢٠ ــ صفحة ٢٩ ، لبيب شنب : فقرة ١٨ ــ ص ٢٦

(٣) البدراوى : فقرة ٢٠ صفحة ٢٧ ، ويلاحظ أن نطاق رهن المال المستقبل الباطل فى فرنسا ضيق بسبب ورود بعض الاستثناءات عليه ؛ فمثلا اذا كان لشخص حق اقامة منشآت على ملك غيره ، يمكنه ان يرهن المبانى التى بدأ فى اقامتها أو حتى التى يخطط لاقامتها ، رغم أنها مال مستقل (مرسوم ١٩٥٥/١/٤) انظر : دى لاموراندير : فقرة : ٧٨٤ ص ٤٠٤ بلانيول وربير : فقرة ٣٤١ ص ٤٧٢ ــ ص ٤٧٣

وتنص المادة ١٠٣٩ مدنى مصرى على أن :

١ — يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته .

٢ — واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين .

والفروض التى يثيرها رهن العقار الشائع هى :

اما وقوع الرهن من جميع الشركاء المشتاعين ، واما وقوعه من أحدهم . وفى هذا الفرض الثانى ، اما أن يرهن الشريك حصته الشائعة فقط ، واما أن يرهن حصة مفرزة فى العقار الشائع ، واما أن يرهن العقار الشائع كله . وسنعالج هذه الفروض المختلفة فيما يلى :

٣٠٩ — أولا : رهن العقار الشائع بواسطة جميع الشركاء :

يكون هذا الرهن فى التشريعين المصرى والمغربى صحيحا نافذا فى حق جمع الشركاء لأنه صادر منهم جميعا . وفى القانون المصرى (طبقا للمادة ٨٣٦ مدنى) يصدر الرهن من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع ، كما اذا احتاجوا الى نقود لاصلاحه فرهنوه للحصول عليها ، واذا تراءى للأقلية الاعتراض على قرار الأغلبية وجب عليهم رفع

الأمر الى المحكمة خلال شهرين من تاريخ اعلانهم بقرار الأغلبية ، وللمحكمة أن تقضى فى هذا الطعن اما بقسمة العقار أو بتجنيب نصيب المعترض اذا كان ذلك لا يضر الشركاء الآخرين ، واذا لم تر المحكمة ذلك كان عليها أن تفحص قرار الأغلبية فاذا وجدت له مبررات قوية قضت بنفاذه وان لم تجد له مبررا قضت بالاستمرار فى الشيوع والغاء قرار الأغلبية أو تقضى بعدم نفاذ تصرف الأغلبية فى حق الأقلية ، ونخلص من هذا الى أن رهن الأغلبية الذى تقره المحكمة يسرى فى حق الأقلية[1] .

أما فى القانون المغربى فان أحكام الشياع تقضى بأن قرارات الأغلبية لا تلزم الأقلية فيما يتعلق بأعمال التصرف ، وحتى فيما يتعلق بأعمال الادارة التى تمس الملكية مباشرة (الفصل ٩٧٢ من تقنين الالتزامات والعقود) أما فى غير ذلك من أعمال الادارة والانتفاع فان الفصل ٩٧١ التزامات وعقود ، ينص على أن : « قرارات أغلبية المالكين على الشياع ملزمة للأقلية ، فيما يتعلق بادارة المال المشاع والانتفاع به ، بشرط أن يكون لمالك الأغلبية ثلاثة أرباع هذا المال . فاذا لم تصل الأغلبية الى الثلاثة أرباع حق للمالكين أن يلجأوا للقاضى ويقرر هذا ما يراه أوفق لمصالحهم جميعا ويمكنه أن يعين مديرا يتولى ادارة المال المشاع أو أن يأمر بقسمه » .

ولما كانت قسمة العقار الشائع ذات أثر كاشف ، فان تطبيق هذه القاعدة على رهن العقار قبل قسمته يؤدى الى التزام كل شريك فى حصته المفرزة بالرهن ، واذا آل العقار كله الى أحد الشركاء نتيجة القسمة فلا يتحمل الا بقدر حصته فى الشيوع ولا ينفذ رهن الباقين فى العقار ، غير أن المشرع قد استبعد هذا الحل فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩

---

(١) السنهورى : فقرة ١٤٥ صفحة ٣٢٧

مدنى مصرى والفصل ١٧٥ من تشريع العقارات المحفظة المغربى ، وأبقى الرهن نافذا أيا كانت نتيجة القسمة . فاذا انتهت القسمة بحصول كل شريك على حصة مفرزة بقيت الحصص كلها محملة بالرهن ، واذا انتهت القسمة بوقوع العقار كله فى نصيب أحد الشركاء تحمل بالرهن فى العقار كله ، ويكون له الرجوع على الشركاء الآخرين بضمان المتقاسمين ، الا اذا كان قد روعى فى القسمة تعويضه عن ذلك ، واذا انتهى الشيوع ببيع العقار المرهون لعدم امكان قسمته فاما أن يرسو مزاده على أحد الشركاء أو على أجنبى ، فان رسا المزاد على شريك تحمل بالرهن كاملا فى العقار ، على أن يرجع على شركائه ما لم يكن الثمن الذى رسا به المزاد منظورا فيه الى تحمله بالرهن ، وان رسا المزاد على أجنبى تطهر العقار من الرهن وانتقل حق الدائن المرتهن الى الثمن الراسى به المزاد[1] . أما اذا لم يتم بيع العقار فى المزاد وانما بيع بواسطة الشركاء الى أجنبى ، انتقل العقار الى المشترى محملا بحق الرهن[2] .

ويرى جانب من الفقه أن حكم المادة ١٠٣٩ مدنى مصرى (الذى يقابله الفصل ١٧٥/٢ عقارات محفظة مغربى) استثناء فلا يقاس عليه الرهن الحيازى[3] ، بينما يرى آخرون تطبيقه عليه[4] .

---

(١) البداروى : فقرة ٣١ — صفحة ٤١ ، ٤٣

(٢) السنهورى : فقرة ١٤٥ — صفحة ٣٠٥

(٣) عبد الباقى : فقرة ٤٣٥ مكرر — ص ٥٥٦
البدراوى : فقرة ٣١ — صفحة ٥٤

(٤) السنهورى : فقرة ١٤٥ — صفحة ٣٢٦ ، منصور : فقرة ٢٠ صفحة ٥٢

٣١٠ — ثانيا — رهن احد الشركاء :

هذا الرهن قد يقع على حصة هذا الشريك الشائعة ، وقد يقع على حصة مفرزة من العقار الشائع . وقد ينصب على العقار الشائع كله . واليك بيان هذه الحالات :

١ — رهن الشريك حصته الشائعة : لا شك فى صحة ونفاذ هـذا الرهن لأن الشريك يرهن ما يملك . وقد نصت على ذلك المـادة ٨٣٦ مدنى مصرى : « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها » . كما نص على ذلك الفصـل ٩٧٣ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى ونصه : « لكل مالك على الشياع حصة شائعة فى ملكية الشيء المشاع وفى غلته وله أن يبيع هذه الحصة وأن يتنازل عنها وأن يرهنها » ...

واذا حل أجل الدين المضمون ولم يحصل الوفاء ، قام الدائن المرتهن بالتنفيذ على هذه الحصة وبيعها بالمزاد العلنى ويحل الراسى عليه المزاد محل الشريك الراهن فى الشيوع . أما اذا وقعت قسمة العقار قبل حلول أجل الدين المضمون ، فان الأمر لن يخرج عن أحد الفروض التالية :

أن يختص الراهن بجزء من العقار ، أو أن يقع العقار كله فى نصيبه ، أو أن يختص بجزء من عقارات أخرى ، أو أن يختص بمنقولات ، أو بمبلغ من النقود . فاذا اختص الراهن بحصة مفرزة فى العقار نفسه مسـاوية للحصة الشائعة المرهونة ، فان الرهن ينصب على هذا الجزء واذا وقـع العقار كله فى نصيبه أو وقع فى نصيبه جزء أكبر من الحصـة الشـائعة المرهونة ، بقى الرهن قائما على قدر مساو للحصة الشائعة ، أما اذا وقعت عقارات أخرى فى نصيب الراهن ، فان الرهن ينتقل بمرتبته الى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الحصة التى كانت مرهونة (ويعين هذا القدر فى القانون المصرى ، بأمر على عريضة من القاضى ويقوم الدائن المرتهن

باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة[١] . وتكون لهذا القيد نفس مرتبة القيد الأول اذا تم خلال المدة المذكورة ، أما اذا تم بعد هذه المدة فلا يحتفظ المرتهن بمرتبة الا من تاريخ القيد الجديد . على ان احتفاظ المرتهن بالمرتبة الأصلية عندما يقيد الانتقال فى الميعاد المذكور لا يضر برهن كان قد صدر من جميع الشركاء المشتاعين للعقار الذى انتقل اليه الرهن فيبقى المرتهن منهم مفضلا ولو قيد رهنه فى الفترة بين القيدين اللذين اجراهما المرتهن من الشريك ، ولا يضر كذلك بامتياز المتقاسم المقرر ضمانا لحقوق الشركاء المترتبة على القسمة[٢] .

ويعتبر انتقال الرهن الى قدر يعادل الحصة المرهونة تطبيقا للمادة : ٨٤٣ مدنى مصرى ، والفصل ١٠٨٨ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى فالمادة ٨٤٣ تنص على أن « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لا يملك غيرها شيئا من بقية الحصص » . والفصل ١٠٨٨ ينص على أن « يعتبر كل من المتقاسمين انه كان يملك منذ الأصل الأشياء التى أوقعتها القسمة فى نصيبه سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية ، كما يعتبر أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء » .

أما اذا وقع فى نصيب الراهن بعض المنقولات فقد اختلف الرأى فى هذه المسألة فرأى البعض أن الرهن الرسمى ينقضى لأنه لا يرد الا على

---

(١) وليس لهذا الاخطار شكل معين ، فيصح بورقة من اوراق المحضرين او بخطاب مسجل أو غير مسجل ، بل ويمكن ان يكون اخطارا شفويا يثبته من قام به ـ السنهورى : فقرة ١٤٦ صفحة ٣٣٠ .

(٢) السنهورى : فقرة ١٤٦ ، ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، البدراوى فقرة ٣٣ صفحة ٤٣ وما بعدها .

عقار[١] ، ورأى آخرون أن الرهن يبقى ويتحول الى رهن حيازى للمنقولات ، قياسا على حالة حصول الراهن على نقود مقابل حصته وطبقا لفكرة الحلول العينى ، وتكون للمرتهن نفس مرتبته حسب القيد الذى أجراه للرهن الرسمى ، ويكون له أن يطلب الى القاضى الحكم بتسليمه العين ليحوزها أو ليحوزها غيره[٢] ، ويبدو لنا هذا الرأى الثانى أقرب الى الصواب وتحقيق العدالة .

وأخيرا اذا آل الى الراهن مبلغ من النقود بدل الحصة المرهونة كان للمرتهن أن يقتضى حقه من هذا المبلغ اذا كان قد حل أجل دينه وكانت مرتبته تخول له الأولوية . أما اذا لم يكن أجل الدين حالا ، جاز له أن يطلب ايداع المبلغ ، الى أن يحل الأجل[٣] وتكون بصدد صورة من صور رهن الدين[٤] وليس كل ما تقدم الا مجرد تطبيقات لنظرية الحلول العينى .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٤٦ صفحة ٣١١ ــ الوكيل : صفحة ١١٢ هامش ٢

(٢) البدراوى فقرة ٢٢ ، صفحة ٤٦ ، سلامة فقرة ٤٩ ص ١٧٠ منصور : فقرة ٢٠ ، ص ٥٥ ويرى الدكتور لبيب شنب أن الرهن يبقى رسميا على المنقول بنص خاص فقرة ٢٥ ــ ص ٣٥ . ولكن خطأ هذا الرأى واضح ، لأن الرهن الرسمى عندما يقرره المشرع بشأن منقول يراعى أن يكون الحق على هذا المنقول قابلا للشهر ، حتى يحفظ بواسطة التسجيل أو القيد حق المرتهن . أما المنقول الذى لا يشهر فلا جدوى من رهنه رهنا رسميا ، طالما انه لا يوجد ما يمنع الراهن من التصرف فيه الى شخص حسن النية يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . لذلك فانعدم وجود وسيلة تشريعية للشهر هنا يمنع من نشوء الرهن الرسمى ، وقد فات صاحب هذا الرأى أن يلاحظ ذلك .

(٣) البدراوى : فقرة ٢٢ ــ صفحة ٤٦

(٤) منصور : فقرة ٢٠ ــ صفحة ٥٥

٢ ـ رهن الشريك جزءا مفرزا من العقار الشائع ، وفى هذه الحالة اذا كان المرتهن لا يعلم أن الراهن لا يملك هذه الحصة المفرزة ملكية مفرزة بل ملكية شائعة ، كان له أن يطلب الابطال للغلط ، أما اذا كان يعلم أن الحصة ليست مملوكة ملكية مفرزة للراهن ، فلا يكون له طلب الابطال ويعتبر أنه قد قبل انتظار نتيجة القسمة ، وقبل وقوع القسمة يرد الرهن على حصة شائعة معادلة للجزء المفرز[١] • ويكون للشركاء الآخرين حق رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة فى هذا الجزء المفرز[٢]•

أما بعد القسمة ، فاما أن تقع الحصة المفرزة فى نصيب الراهن فيستقر الرهن وينتهى الاشكال • واما ان يقع فى نصيبه عقار آخر أو حصة فيه أو منقولات أو نقود ، وينطبق هنا ما ذكرناه بالنسبة لرهن الحصة الشائعة فى كل من هذه الحالات •

٣ ـ رهن الشريك العقار الشائع كله : يكون رهن الشريك صحيحا فى حدود حصته ورهنا لملك الغير فيما يجاوز حصته ، ويكون للمرتهن الابطال للغلط اذا كان يجهل ان الراهن لا يملك العقار ملكية مفرزة[٣]• ولا ينفذ الرهن فى حق الشركاء الآخرين •

---

(١) البدراوى : فقرة ٣٤ صفحة ٤٧

(٢) السنهورى : صفحة ٣٣٢ هامش ٣

(٣) ويضيف بعض الفقهاء ان للمرتهن ان يطلب الابطال سواء كان يعلم او لا يعلم بأن العقار شائع تطبيقا لاحكام رهن ملك الغير . (البدراوى فقرة ٣٥ ص ٤٨) ولكننا سبق أن لاحظنا أن المادة ١٠٣٣ مدنى مصرى والفصل ١١٧٣ التزامات وعقود مغربى لم يرد فيها حق للمرتهن فى ابطال العقد وان كان قد ورد هذا الحق لمبتاع ملك الغير فى المادة ٤٦٦ مدنى مصرى . ومن ناحية اخرى فان طلب الابطال فى رهن ملك الغير ليس له ما يبرره اذا كان المرتهن يعلم كون العقار شائعا ، فهو لم يقع فى غلط حتى يحتمى بالابطال .

وبعد القسمة اذا وقع العقار في نصيب الراهن استقر الرهن ، واذا وقع في نصيبه جزء مفرز من العقار المرهون تركز حق المرتهن على هذا الجزء المفرز ، واذا وقع في نصيبه عقار آخر انتقل الرهن الى هذا العقار واذا وقع في نصيبه منقولات أو نقود انتقل الرهن اليها كذلك حسب التفصيل السابق[1] .

المطلب الرابع

رهن البناء المقام على ارض الغير

٣١١ ـ كل ما يقام على الأرض من المباني يعتبر من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته فيكون مملوكا له وقد نصت على ذلك المادة ٩٢٢ مدني مصري » كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » كما نص عليه الفصل ١٦ من تشريع العقارات المحفظة المغربي بقوله : « كل البناءات والغروس والمنشآت الموجودة فوق أرض أو داخلها تعد محدثة من طرف ربها وعلى نفقته وتعتبر ملكا له ما لم تقم بينه على خلاف ذلك » .

ولكن يجوز لمن بنى في أرض الغير أن يثبت انه بنى على نفقته ، ومع ذلك يتملك صاحب الأرض البناء بالالتصاق على أن يدفع للباني مبلغا يختلف بحسب حسن أو سوء نية الباني . وبناء على ذلك فان الرهن الصادر من الباني رهن لملك الغير لا ينفذ في حق مالك الأرض .

---

(١) السنهوري : فقرة ١٤٨ ـ صفحة ٣٣٥ و ٣٣٦ ، البدراوي : فقرة ٣٥ ـ صفحة ٤٩

ويجوز أن يخول مالك الأرض لآخر ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو الحق فى اقامة منشآت يتملكها البانى ، وعندئذ يصح رهن البناء بواسطة البانى ، ويستطيع المرتهن أن ينفذ على البناء لاقتضاء الدين ، فيباع فى مزاد علنى ، ويجوز لمالك الأرض بعد انتهاء المدة التى اتفق عليها مع البانى أن يستعمل حقه فى تملك البناء بالالتصاق ، على أن يؤدى التعويض الى الراسى عليه المزاد طبقا لأحكام الالتصاق وباعتباره خلفا للبانى . أما اذا انتهت مدة تملك البانى وآل البناء بالالتصاق الى مالك الأرض ، فلا يستطيع المرتهن التنفيذ عليه ، وينتقل حقه الى التعويض المستحق للبانى(1) .

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ١٠٢٨ مدنى مصرى حيث تقول انه : « يجوز لمالك المبانى على أرض الغير أن يرهنها . وفى هذه الحالة يكون للمرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا أستبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق » .

وهذه الأحكام وان لم ينص عليها فى التشريع المغربى الا أنه يمكن العمل بها فى ظله ، لأنها تتفق مع الفصل ١٦ عقارات محفظة سالف الذكر .

المطلب الخامس
رهن المالك تحت شروط

٣١٢ ـ اذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط واقف ، صح الرهن ويبقى مصيره مرتبطا بتحقق الشرط أو تخلفه . فان تحقق الشرط كان الراهن مالكا من أول الأمر واستقر الرهن ، وان تخلف الشرط اعتبر

---

(1) البدراوى : فقرة ٢٩ ـ صفحة ٤٠ وهامش ١ بها .

الراهن انه لم يكن مالكا فى وقت ما ، وسرت على رهنه أحكام رهن ملك الغير .

أما اذا كان الشرط فاسخا ، فيصح الرهن وينفذ ، ويبقى مصيره مرتبطا كذلك بتحقق أو تخلف الشرط ، فان تخلف الشرط استقر الرهن ، وان تحقق زالت ملكية الراهن بأثر رجعى وزال الرهن بالتالى اذا كان المرتهن سيىء النية ويبقى الرهن اذا كان المرتهن حسن النية لا يعلم تعليق ملكية الراهن على شرط فاسخ[1] .

وهذه هى نفسها أحكام القانون المغربى ، كما ان المرتهن حسن النية يبقى رهنه تطبيقا للفصل ١٢٥ التزامات وعقود ورغم أن الفصل ١٧٥ لم ينص على ذلك كما تقدم .

---

(١) البدراوى : فقرة ٢٨ صفحة ٣٨ ، ٣٩ .

المبحث الثالث

الرسمية فى عقد الرهن الرسمى

٣١٣ ـ تقدم أن الفصل ١٧٢ من تشريع العقارات المحفظة يجيز أن يكون الرهن الاتفاقى بورقة رسمية أو عرفية . أما فى القانون المصرى فتنص المادة ١٠٣١ مدنى على أنه :

١ ـ ألا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية .

٢ ـ ونفقات العقد على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك .

والرسمية فى عقد الرهن الرسمى تستوجب أن تكون هناك ورقة رسمية يفرغ فيها هذا العقد . وهذا هو ما يسمى بالتوثيق ، ويختلف مكان استيفاء الرسمية بحسب ما اذا كان العقد يتم فى الداخل أم فى الخارج ، فالعقد الذى يتم فى الداخل يوثق فى أحد مكاتب التوثيق .

أما اذا تم العقد فى الخارج فانه يوثق أمام القناصل التابعين للدولة فى الخارج ، ولكن هناك خلافا حول جواز استيفاء الرسمية فى رهن عقار موجود بمصر ، طبقا لقانون البلد الذى تم فيه العقد طبقا لقاعدة ان الشكل يخضع لقانون المحل : Locus régit actum فيرى البعض جواز ذلك[1] . بينما يرى آخرون ـ بحق ـ عدم جوازه لانطباق قاعدة قانون موضع العقار على الأوضاع الجوهرية فى الشكل والتى تعتبر ركنا

---

(١) السنهورى فقرة ١٢٨ صفحة ٢٨٥ ، منصور فقرة ٢٥ صفحة ٦٩

في انعقاده كما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى[١] • وهذا هو نفس الوضع فى القانون الفرنسى[٢] أما القانون المغربى فيسمح بأن يوثق العقد فى دولة أخرى لأنه يجيز ما هو آكثر من ذلك وهو أن يكون العقد بكتابة عرفية غير موثقة • وتأكيدا لهذا المعنى ينص الفصل ١٨٠١ من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب على أن العقـود المحررة بالأقطار الأجنبية يمكن أن تتضمن رهنا صحيحا لعقارات محفظة كائنة بالمغرب بشرط أن تكون العقود موافقة للمقتضيات التشريعية المتعلقـة بالنظام العقارى للتحفيظ وكذا لهذا المرسوم الملكى » •

٣١٤ ـ وثمة خلاف أيضا حول ما اذا كانت الرسمية متطلبه فى رضا الطرفين ، الراهن والمرتهن ، أم تكفى فى رضا الراهن وحده • فيرى البعض أن الرسمية مقـررة لمصـلحة الراهن ولمصلحة المرتهن ولمصلحة الائتمان ذاته ، ومن ثم يشترطون الرسمية فى رضا الطرفين[٣] • بينمـا يرى آخرون أن الرسـمية ضمان لمصلحة الراهن لتنبيهه الى خطـورة التصرف الذى يقدم عليه ، أما المرتهن فهو يفيد من الرهن فيكفى رضاه بورقة عرفية لا رسـمية[٤] • والرأى الأول يسنده النص لأنه يقرر ألا ينعقد الرهن الا بورقة رسمية ، والرهن ليس بارادة منفردة حتى ينعقد بارادة الراهن وحدها فى ورقة رسمية ، فلابد أن يشمل الانعقاد الارادتين معا ، والرأى الثانى تسنده حكمة النص ، فهو ضمان مقرر لمصلحة الراهن

---

(١) عبد الباقى فقرة ١٩٣ ، ص ٣٠٢ ، البدراوى فقرة ٤٧ ص ٦٢

(٢) ديكرو ص ٣٩١

(٣) السـنهورى فقرة ١٢٦ ـ ص ٢٨٢ ـ الوكيل : فقرة ٤٥ ، ص ١٧١ • شفيق شحاته ، فقرة ٥٢ • صفحة ٥٣

(٤) عبد الباقى : فقره ١٩٢ • صفحة ٢٩٩ ـ ٣٠١ ، البدراوى : فقرة ٤٦ صفحة ٦٠.

أساسا ، ولحكمة لا تتوافر فى حالة المرتهن • ونحن نميل الى تأييد المتمسكين بالنص على المتمسكين بحكمته •

وينعكس صدى هذا الخلاف على التوكيل فى الرهن الرسمى والوعد بابرام رهن رسمى ، فكلاهما من العقود التى يتطلب فيها القانون الرسمية ولكن أصحاب الرأى الأول يتطلبون الرسمية فى توكيل المرتهن وقبوله الوعد بالرهن ، وأصحاب الرأى الثانى يكتفون بأن يكون توكيل المرتهن عرفيا ، وقبوله الوعد بغير ورقة رسمية •

٣١٥ ــ والجزاء الذى يترتب على تخلف الرسمية فى عقد الرهن الرسمى هو بطلانه بطلانا مطلقا فلا يرتب الأثر المقصود منه ، بل ولا يصلح أن يكون وعدا بالرهن لنفس السبب الذى أدى الى بطلانه وهو تخلف الشكل الرسمى ولكن ذلك لا يمنع من أن يرتب العقد العرفى على عاتق المدين التزاما بتقديم تأمين خاص للدائن ، وما دام لم ينفذ هذا الالتزام ، يجوز الحكم عليه بالتعويض ، واسقاط أجل الدين لعدم تقديم التأمين الموعود به •

أما فى القانون المغربى فلا أثر لتخلف الرسمية ، اذا يغنى عنها تحرير العقد فى ورقة عرفية •

٣١٦ ــ وتقع نفقات عقد الرهن أصلا على عاتق الراهن ، سواء كان هو المدين أم الكفيل العينى ، ولكن الكفيل العينى يكون له الرجوع بها على المدين المكفول • ومع ذلك يمكن الاتفاق على غير ذلك ، كأن يتحمل المرتهن هذه النفقات أو تقسم مناصفة بين الأطراف • ونفقات العقد قد تكون متعلقة بمصاريف كتابته والرسوم المستحقة عليه

والشهادات العقارية اللازمة وأتعاب المحامى ، وما الى ذلك . والراهن أيضا يتحمل نفقات قيد الرهن وتجديده ومحوه .

وفى القانون المغربى تقع المصروفات كذلك على المدين فى الرهن الحيازى على المنقول طبقا للفصل ١١٩٩ التزامات وعقود وهو حكم ينطبق بطريق القياس على الرهن الرسمى الاتفاقى والرهن الحيازى على العقار .

المبحث الرابع

تخصيص الرهن الرسمي الاتفاقي

٣١٧ — يجب أن يرد في عقد الرهن الرسمي أو في عقد رسمي لاحق تخصيص للرهن وهذا التخصيص يجب أن يشمل العقار المرهون والدين المضمون ، فيجب تحديد كل منهما تحديدا دقيقا من كافة نواحيهما .

وتتحدث في الفقرات التالية عن تخصيص العقار المرهون وتعيينه وعن تخصيص الدين المضمون بالرهن ، والجزاء على مخالفة قاعدة التخصيص ، وعن ملحقات العقار المرهون .

اولا — تخصيص العقار المرهون :

٣١٨ — تنص المادة ١٠٣٥ مدني مصري على أنه :

١ — لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي الا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

٢ — ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق والا وقع الرهن باطلا .

كذلك ينص الفصل ١٥٧ من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب على أن « الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام »، ونصت الفقرة الأولى من الفصل ١٥٨ من نفس هذا

القانون على أن « العقارات القابلة وحدها للرهون الرسمية هى : العقارت المشيدة أو الغير المشيدة الموجودة فى التعامل ، وبمعيتها ملحقاتها المعتبرة عقارات » وينص الفصل ١٧٧ من هذا القانون أيضا على أن « كل عقد رهن يجب أن يعين لزوما اسم العقار الواقع بخصوصه الرهن ورقم رسمه ومكانه وينص الفصل ٦٩ من تشريع التحفيظ العقارى على أنه « يجب على كل شخص يطلب تسجيل حق من الحقوق أن يقدم الى المحافظة قائمة تتضمن ما يلى :

« ١ — تعيين العقار الذى يجب أن يقع عليه التسجيل وذلك ببيان رقم الرسم العقارى » • أما الرسم العقارى الذى يشير اليه هذان النصان فهو وثيقة التسجيل التى تعد بواسطة المحافظ على الأملاك العقارية (يقابله مأمور الشهر العقارى فى مصر) ويتضمن حسب الفصل ٥٢ من تشريع التحفيظ العقارى : « وصفا مفصلا للعقار مع حدوده وبيان الأملاك المجاورة والملاصقة له ونوعه ومساحته » •

ومن هذه النصوص يبين أن الرهن الرسمى يجب أن يقع على عقار، الا اذا وجد نص على خلاف ذلك كما فى رهن السفينة ورهن المحل التجارى ، ويجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يشتمل عقد الرهن على تعيين دقيق للعقار • ويشمل العقار ملحقاته أما ثماره فلا تلحق به الا فى وقت معين ، واليك بيان هذه المسائل :

٣١٩ — ١ — عقار يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد :

فالرهن الرسمى يرد على عقار ، يستوى أن يكون العقار حق ملكية أو حق رقبة أو حق انتفاع أو حق حكر ، أى حق سطحية بل ان القانون المغربى يسمح برهن حق الايجار طويل الأمد (أكثر من ١٨ سنة) واذا رهن حق الانتفاع بواسطة المنتفع ، يبقى الرهن ما بقى المنتفع حياً،

ويزول بموت المنتفع ، كذلك يزول الرهن بانتهاء مدة حق الانتفـاع ، لذلك يجب ألا يعقد رهن لحق الانتفاع لمدة تزيد على مدة حق الانتفاع ذاته . ولا تدخل الثمار فيما يشـمله رهن حق الانتفـاع الا من وقت التحاقها به عند نزع ملكيته فى القانون المصرى أو اجراء الحجز العقارى فى القانون المغربى ، وليس لصاحب حق الملكية على العقـار أن يرهن الرقبة وحدها أو الانتفاع وحده [١] ، ولكن يجوز له العكس أى أن يرهن الرقبة وحدها ، اذا انفصل حق الانتفاع وعند انقضاء حق الانتفاع يعود الى مالك الرقبة فيدخل فيما يشمله الرهن ، ولكن اذا آلت ملكية الرقبة الى صاحب حق الانتفاع المرهون فلا يشملها الرهن ويبقى قائما على الانتفاع وحده [٢] . ولا ينقضى حق الرهن اذا انقضى الانتفاع بحكم القضاء بسبب اساءة المنتفع اسـتعمال الشىء فيعود الانتفاع الى مالك الرقبة محملا بالرهن ، ولا ينقضى الرهن كذلك اذا انقضى حق الانتفاع المرهون بالنزول عنه لمـالك الرقبة ، وكذلك الشأن اذا انقضى الانتفاع باتحاد الذمة [٣] .

أما حق الارتفاق فلا يجوز رهنه الا تبعا للعقار المرتفق ، أما رهنه استقلالا فلا يجوز لأنه لا يمكن بيعه بالمزاد العلنى وحده وشرط المزاد العلنى ورد صريحا فى القانون المصرى . أما فى القانون المغربى فرغم أنه لم يرد صريحا الا أنه مفهوم ضمنا من النصوص ، لأن وسيلة الدائن الى الحصول على دينه عند عدم السداد هى بيع العقار بالمزاد العلنى طبقـا

---

(١) السنهورى : صفحة ٣٥٠ هامش ٣ ، البدراوى : فقرة ١٨ — صفحة ٢٥ ، عبد الباقى : فقرة ٢١٠ صفحة ٣١٥ ، مرقس : فقرة ٣٧ — ٣٨ ، بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ — فقرة ٣٥٥ — صفحة ٣٩٤

(٢) السنهورى : صفحة ٣٥١ بالهامش .

(٣) البدراوى : فقرة ١٨ — ٢٥ و ٢٦

لقواعد قانون المسطرة المدنية . الأمر الذى يفترض معه بالضرورة أن يكون العقار موضع الرهن مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى . ويجوز رهن الحق العقارى المتنازع فيه ، ويشمل ذلك الدعوى المتعلقة به ، ولكن لا يجوز رهن الدعوى دون الحق[١] .

وقد نص الفصل الثامن من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب على اعتبار الدعاوى التى يراد بها استحقاق عقار عقارا ، وبالتالى يجوز رهنها مع هذا الحق .

أما الرهن الرسمى فلا يجوز رهنه . ولكن يجوز أن يرهن الدائن الدين المضمون برهن رسمى ، وهو يرهن هذا الدين رهن حيازة ليتبع الرهن الرسمى الدين فى رهنه ، كذلك يجوز له أن يبيع الدين ويتبعه فى ذلك الرهن الرسمى[٢] . ويلاحظ أن الوضع فى القانون المصرى يختلف هنا عن الوضع فى القانون المغربى . فالأصل فى القانون المصرى أن التأمينات تنتقل مع انتقال الدين الا اذا نص الاتفاق على غير ذلك (المادة ٣١٨ مدنى مصرى) أما فى القانون المغربى فعلى العكس لاتنتقل التأمينات مع انتقال الدين الا اذا نص فى الاتفاق على ذلك فالفصل ٢٠٠ من تقنين الالتزامات والعقود ينص على أن : « حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له كالامتيازات مع استثناء ما كان منها متعلقا بشخص المحيل ، وهى لا تشمل الرهون الحيازية على المنقولات والرهون الرسمية والكفالات الا بشرط صريح » .

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يجوز التعامل فيه ، فلايجوز رهن العقارات العامة أو الموقوفة ، ولا يوز رهن عقار مخصص للمقامرة

---

(١) السنهورى : فقرة ١٥٧ ــ صفحة ٣٥١

(٢) السنهورى : فقرة ١٥٧ ــ صفحة ٣٥١ و ٣٥٢

أو العمارة محافظة على الآداب والنظام العام . ولا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه . وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني، فلا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالا كما تقدم ، وكذلك حق الاستعمال وحق السكنى[١]

٣٢٠ ـ ٢ ـ تعيين العقار :

وهذا هو المضمون الحقيقي لقاعدة تخصيص الرهن . وهذه القاعدة يعتبرها بعض الفقهاء من الشروط الشكلية لانعقاد الرهن[٢] . ويعتبرها آخرون من الشروط الموضوعية فيه[٣] . ومع ذلك فالكل متفقون على ضرورة تعيين العقار المرهون ، فيجب أن يعين العقار المرهون بالذات ، فلا يجوز أن يرهن شخص جميع عقاراته دون بيانها واحدا واحدا ، أو العقارات الموجودة بجهة كذا . ثم يعين العقار أيضا من حيث طبيعته ، فيبين ما اذا كان أرضا زراعية أو مبانى ، ويحسن ذكر حدود هذا العقار ومساحته ومميزاته وما أعد له من أغراض . ويجب ذكر ما اذا كان ملكا كاملا أم حق رقبة أم انتفاع[٤] ، ويحدد العقار أيضا من حيث موقعه ، فيبين الجهة التى يقع فيها وموقعه منها وما يحيط به من جيران وعقارات . فاذا كان أرضا زراعية حددت باسم البلد واسم الحوض ورقم القطعة وحدودها ، واذا كان منزلا حدد باسم المدينة والحى والشارع ورقم المنزل فى الشارع . وتقدير ما اذا كان التخصيص

---

(١) البدراوى : فقرة ١٩ ـ صفحة ٢٦و٢٧ ، السنهورى : فقرة١٥٧ ص ٣٥٢ و ٣٥٣

(٢) البدراوى : فقرة ٤٤ ـ صفحة ٥٩

(٣) السنهورى : فقرة ١٣١ ـ صفحة ٢٩٠ ـ ٢٩٣

(٤) السنهورى : فقرة ١٥٨ ـ ـ صفحة ٣٥٨ ، بلانيول وريبير وبيكيه : جـ ١٢ ـ صفحة ٤٧٠

كافيا أم غير كاف متروك للقاضى الموضوع لا يضع فى تقديره لرقابةمحكمة النقض .

وتعيين العقار المرهون على وجه التخصيص يتم أيضا فى قيد الرهن، ولكن لا يكفى الاعتماد على ذلك واغفال التخصيص فى عقد الرهن ، لأن التخصيص فى عقد الرهن شرط لانعقاد العقد (شكلا أو موضوعا) فتبطل العلاقة بين المتعاقدين اذا لم يتم ، أما فى قائمة قيد الرهن فهو شرط لنفاذ الرهن فى حق الغير .

ويختلف تخصيص العقار المرهون عن تعيين محل الالتزام ، فتعيين محل الالتزام يكفى فيه أن يكون المحل قابلا للتعيين اذا لم يتعين فى العقد، أما قاعدة تخصيص الرهن فتوجب أن يكون العقار المرهون معينا لا قابلا للتعيين فحسب ، كذلك تكتفى القواعد العامة بأن يكون تعيين المحل نفى الجهالة عنه حتى لا يختلط بغيره أما تعيين العقـار المرهون فيلزم فيه ما ذكرناه من دقة البيانات [١] .

وفى القـانون المغربى يجب تخصيص العقار كذلك ، ولكن يكفى عن زيادة التفصيل فى تخصيص العقار . مجرد ذكر رقم الرسم الخاص به ، وبالرجوع الى هـذا الرسـم بمكتب التحفيظ يمكن الوقوف على حدود العقار ونوعه ومساحته وبيان الأملاك الملاصقة له . أما اذا لم يكن ثمة رسم للعقار ، فان التخصيص بالبيانات المشار اليها أمر ضرورى لكى يتم تحفيظه .

---

(١) البدراوى : فقرة ٥٢ ــ صفحة ٧٠.

٣٢١ ـ ثالثا : تخصيص الدين المضمون :

يمكن أن يكون الدين المضمون دينا منجزا أو معلقا على شرط ، أو دينا مستقبلا أو احتماليا . ويجب أن يتم تخصيص هذا الدين ببيان مصدره ومقداره . فاذا لم يكن من الممكن تحديد مقداره مقدما وجب بيان الحد الأقصى الذى ينتهى اليه ، كما هو الحال فى حالة فتح الاعتماد البسيط أو فتح الحساب الجارى . واذا كان الالتزام المضمون التزاما بعمل أو بامتناع وجب تقديره بمبلغ من النقود . والحكمة فى ذلك هى لفت نظر المدين الى الموازنة بين مقدار الدين والعقارات الضامنة له وكذلك حماية الغير الذى يتعامل مع الراهن ليتبينوا ما اذا كانت قيمة العقار تحتمل رهنا ثانيا أم لا تحتمل[1] . واذا كان الدين المضمون تعويضا عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض ، أما فى القيد فيجب تحديد مبلغ تقريبى ينتهى اليه الدين[2] . وقد نصت المادة ١٠٤٠ مدنى مصرى على هذه الأحكام بقولها : « يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين احتمالى ، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى اليه هذا الدين » . ونص عليها الفصلان ١٧٩ و١٨٠ من التشريع المغربى المطبق على العقارات المحفظة . فالفصل ١٧٩ يقضى بأنه « لا يكون الرهن الاتفاقى صحيحا ولا يجوز بالتالى تقييده الا اذا كان المبلغ الذى أعطى الرهن من أجله معينا بالعقد » . والفصل ١٨٠ ينص على « أن الرهن المعطى لتأمين اعتماد مفتوح الى غاية مبلغ معين يأخذ رتبة من تاريخ تقييده » .

---

(١) البدراوى : فقرة ٥٣ ـ صفحة ٧١ و ٧٢

(٢) السنهورى : فقرة ١٦٣ ـ صفحة ٣٧١

٣٢٢ ـ رابعا : الجزاء على قاعدة التخصيص :

اذا لم يتم تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ومن حيث الدين المضمون فان الرهن فى القانون المصرى يبطل بطلانا مطلقا • ومع ذلك يمكن أن يرد التخصيص فى عقد رسمى لاحق مكمل للعقد الأول • ويرى البعض أن ذلك العقد المكمل لا يعتبر اجازة للعقد ، فالعقد الباطل لاتلحقه الاجازة ، ولذلك لا ينعقد الا من تاريخ الورقة اللاحقة[1] •

ونحن نرى أن المشروع لم يكن موفقا فى تقرير البطلان المطلق كجزاء ، مع اسماح بتكملته بعمل قانونى لاحق ، فالعقد الباطل لا تمتنع اجازته فحسب ، وانما يمتنع أيضا تكملته ، لأن التكملة أو الاضافة لابد أن ترد على شىء موجود والعقد الباطل معدوم ، ولا يمكن التسليم له بوجود على الاطلاق • لذلك كان على المشرع اما أن يساير منطق البطلان المطلق الى نهايته ويستوجب ابرام عقد جديد بالرهن لا تكمله القديم ، واما أن يقرره جزاء آخر يتسق مع جواز استكمال العقد السابق •

أما فى القانون المغربى فلا يوجد جزاء بالنسبة الى تخصيص العقار لأنه كما ذكرنا يغنى فيه الى حد كبير ذكر رقم الرسم • أما عدم تخصيص المبلغ فقد نص الفصل ١٧٩ على أنه يجعل الرهن غير صحيح ولعله يقصد أنه يكون باطلا ، ولم ينص على جواز تكملة العقد كما فعل القانون المصرى •

٣٢٣ ـ خامسا : ملحقات العقار المرهون :

تنص المادة ١٠٣٦ مدنى مصرى على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص حقوق الاتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسنات والانشاءات التى تعود على المالك ،

---

(١) الدراوى : صفحة ٦٩ هامش ٦

ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » .

وينص الفصل ١٥٨ من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بالمغرب على أن العقارات القابلة وحدها للرهون الرسمية هى :

« ١ ــ العقارات المشيدة أو الغير المشيدة الموجودة فى التعامل وبمعيتها ملحقاتها المعتبرة عقارات » .

« ٢ ــ الانتفاع بهذه الأملاك بذاتها وملحقاتها وذلك طيلة مدة الانتفاع » .

« ٣ ــ الكراء الطويل الأمد طيلة مدته » .

« ٤ ــ حق السطحية المقرر على هذه العقارات ذاتها » .

« ٥ ــ الحقوق الاسلامية المشار اليها بالفقرة العاشرة من الفصل الثامن فى هذا المرسوم الملكى وحق الانتفاع المؤيد على الأملاك الجماعية المنصوص عليها فى الفصلين الثامن والتاسع من الظهير المؤرخ فى ٢٩رجب سنة ١٣٣٧ موافق ٢٧ ابريل١٩١٩ المنظم للوصاية الادارية والمحدد لادارة الأملاك الجماعية وتفويتها » .

كذلك ينص الفصل ١٥٩ على « أن الرهن الرسمى المكتسب يمتد الى التحسينات المحدثة بالملك المرتهن » .

فيدخل فيما يشمله الرهن الرسمى :

١ ــ حقوق الارتفاق الايجابية : وهى التى يرتفق عليها العقار المرهون وتدخل هذه الحقوق فيما يشمله الرهن ولو وجدت بعد ابرام الرهن [1] .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٥٩ ــ صفحة ٣٥٦ ، منصور : فقرة ١٤ ــ صفحة ٣٣ لبيب شنب : فقرة ٥٥ ــ صفحة ٦٩ ، البدراوى : فقرة ٢٨ ــ صفحة ٥١

٢ ـ العقارات بالتخصيص : كالمفروشات فى الفنادق ، والآلات فى المصنع ، والماشية فى الأرض الزراعية . وهى تتبع العقار فتعتبر مرهونة معه ، سواء رصدت لخدمة العقار قبل الرهن أو بعده . ولكن اذا نزعها الراهن وباعها منقولات وكانت قد خصصت لخدمة العقار بعد الرهن ، فان المرتهن لم يعول عليها فى استيفاء حقه ، فينفذ تصرف الراهن بالبيع . أما اذا كانت قد خصصت قبل الرهن ، فليس للراهن نزعها ، وللمرتهن الاعتراض على ذلك ومنعه منه ، وأن يعارض لدى المشترى لكى يمكن اعتبار المشترى سيىء النية ، ويكون للمرتهن تتبعها تحت يد المشترى سيىء النية وله أن يحجز على ثمنها ان كان المشترى حسن النية أو تصرف فيها الى مشتر ثان حسن النية . ولا تعتبر عقارات بالتخصيص المواشى التى يستأجرها المالك الراهن وما يشتريه بالأجل على ألا تنتقل ملكيته اليه الا بعد وفاء جميع الثمن (البيع الايجار) فلا يمتد الرهن الى هذه المنقولات لأنها لا تكتسب صفة العقار بالتخصيص[١] .

٣ ـ التحسينات والانشاءات والاضافات التى تعود بمنفعة على المالك : لا شك فى انه اذا زادت قيمة العقار نتيجة تقلبات الأسعار والقوة الشرائية للنقود فذلك يفيد المرتهن . ولكن يقصد بالتحسينات والانشاءات : الأعمال التى يجريها المالك فى العقار (أثناء قيام الرهن) فترفع قيمته ، أو التى يقيمها المستأجر وفى نهاية مدة الاجارة تؤول الى المالك فتدخل فيما يشمله الرهن من وقت رجوع العين الى مالكها ، كذلك الزيادة الناشئة عن طمى النهر ، والطوابق الجديدة التى يبنيها الراهن أو البناء الذى يقيمه فى الأرض ، تدخل كلها فى نطاق حق الرهن .

---

(١) البدراوى : فقرة ٣٩ ـ صفحة ٥١ ـ ٥٢ ، وانظر الفصل ٧ من تشريع العقارات المحفظة المعدل بظهير ٣٠ صفر ١٣٥١ الموافق ٦ من يوليو سنة ١٩٣٢ .

أما العقارات التى يكتسب الراهن ملكيتها ويضمها الى أملاكه فلا تدخل في نطاق حق المرتهن • وهذا الحكم غير متعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على استبعاد هذه التحسينات والانشاءات من نطاق الرهن[١] • وقد نص على ذلك الفصل ١٥٩ من تشريع العقارات المحفظة بقوله : « ان الرهن الرسمى المكتسب يمتد الى التحسينات المحدثة بالملك المرتهن » •

٣٢٤ ــ سادسا : التحاق الثمار بالعقار : تنص المادة ١٠٧٣ مدنى مصرى على أنه : « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار » •

وينص الفصل ٣٤٣/٢ من قانون المسطرة المدنية المغربى على أن : « يمتنع المنفذ عليه بمجرد تبليغه الحجز اجراء أى تفويت في العقار ويترتب على هذا المنع بطلان التفويت وتعقل ثمار هذا العقار ومداخيله عن المدة اللاحقة للتبليغ وتوزع بنفس المرتبة من ثمار العقار نفسه » •

فالثمار تلتحق دائما بالعقار عند الشروع في نزع ملكيته سواء كان التنفيذ يجرى بواسطة دائن مرتهن أو دائن عادى • وهى تلتحق بالعقار من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية في القانون المصرى ومن تاريخ تبليغ الحجز العقارى الى المنفذ عليه في القانون المغربى • ويستوى أن تكون الثمار طبيعية أو مستحدثة أو مدنية • ويترتب على ذلك أن ما يستحق من الثمار المدنيـة عن المدة التى تلك تسـجيل التنبيه يلحق بالعقار ،

---

(١) السنهورى : فقرة ١٥٩ ــ صفحة ٣٥٨ ــ ٣٦٢ ، البدراوى : فقرة ٤٠ ــ صفحة ٥٢ و ٥٣

أما المستحقة عن مدة سابقة فهى من حق الراهن ولو لم يكن قد قبضها ، لأن الثمار المدنية تعتبر مقبوضة يوما فيوما[1] .

أما الثمار المستحدثة فقد ثار خلاف بشأنها ، فذهب رأى الى أن العبرة هى بتاريخ جنيها ، فاذا بقيت الى تاريخ تسجيل التنبيه ولم يقبضها التحقت بالعقار لأنها لا تعتبر مقبوضة الا من يوم فصلها[2]. ولكن أغلبية الفقه ترى ألا يلحق بالعقار الا بنسبة المدة التى أعقبت التسجيل ، فاذا كانت المزروعات قد أمضت فى الأرض ثلاثة أشهر فيها واحد بعد تسجيل التنبيه فلا يلحق من قيمتها بالعقار الا الثلث فقط والباقى يكون من حق الراهن[3] . وهذا الرأى هو الذى نراه صوابا .

ويتبع فى توزيع الثمار الملحقة بالعقار نفس مراتب الأولوية والتفضيل التى تتبع فى توزيع ثمن العقار نفسه .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٦٠ ــ صفحة ٣٦٣ ، البدراوى : فقرة ٤١ صفحة ٥٥

(٢) شفيق شحاته : فقرة ١٢٦ ــ صفحة ١١٤

(٣) السنهورى : فقرة ١٦٠ ، صفحة ٣٦٤ ، البدراوى : فقرة ٤١ــ صفحة ٥٦ ، الوكيل : فقرة . . ــ صفحة ١٦٧ ، عبد الباقى : فقرة ٢٢٨ــ صفحة ٣٤٦ ، سلامه : فقرة ٦١ ــ صفحة ١٩٨

الفصل الثالث

آثار الرهن الرسمى الاتفاقى

٣٢٥ ــ تختلف آثار الرهن الرسمى فى القانون المصرى فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة الى الغير . ذلك أن الرهن الرسمى بمجرد انعقاده صحيحا مستوفيا للأركان والشروط التى شرحناها فى الفصل السابق يرتب آثاره من حقوق والتزامات فما بين الراهن والمرتهن . أما بالنسبة الى الغير فان الرهن لا يكون نافذا فى مواجهة الغير الا من الوقت الذى يتم فيه قيد الرهن فى سجلات الشهر العقارى .

ومع ذلك تذهب بعض الآراء الى أنه « ليس صحيحا ما يقال عن أن عقد الرهن ينشىء حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذا على الغير فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن وهو اذا نشأ كان حتما نافذا فى حق الغير ، والا لما كانت هناك فائدة من وجوده »[1] .

ولكن لوحظ على هذا الرأى أنه مخالف لصريح نصوص القانون. ولا يتفق مع أحكام الرهن الرسمى فى القانون المصرى ، فالرهن الرسمى بمجرد انعقاده صحيحا يرتب حق الرهن فيما بين المتعاقدين . آية ذلك أن الدائن المرتهن يستطيع قبل قيد الرهن أن ينفذ على العقار المرهون اقتضاء لدينه . وهو لا ينفذ بوصفه دائنا عاديا بل بمقتضى حق الرهن المقرر له . بل انه فى بعض الأحيان لايكون للدائن المرتهن حق فى الضمان

---

(١) شفيق شحاته : فقرة ٤٧ صفحة ٤٦ ، منصور : فقرة ٣١ ــ صفحة ٧٥ ــ ٧٧

العام على دمة الراهن ومع ذلك يمكنه التنفيـــذ على العقار المرهون ، وذلك كما فى حالة الكفيل العينى .

أما فى القانون المغربى فالرهن الرسمى الاتفاقى لا ينشأ فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا باتخاذ اجراءات تسجيله فى سجلات التحفيظ العقارى . فالفصل ٦٦ من تشريع التحفيظ العقارى يقضى بأن : « كل حق عينى متعلق بعقــار محفظ يعتبر غير موجود بالنســبة للغير الا بتسجيله وابتداء من يوم التسجيل فى الرسم العقارى من طرف المحافظ على الأملاك العقارية .. » . وينص الفصـــل ٦٧ من تشريع التحفيظ العقارى كذلك على : « ان الأفعال الارادية والاتفــاقات التعاقدية . الرامية الى تأسيس حق عينى أو نقله الى الغــير أو الاعتراف أو تغييره أو اسقاطه لا تنتج أى أثر ولو بين الأطراف الا من تاريخ التسجيل . دون الاضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض بامكانية اقامة دعاوى فى حالة الكفيل العينى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم » .

ولبيان آثار الرهن الرسمى نقسم هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول : فى آثار الرهن الرسمى بين المتعاقدين .

الفرع الثانى : فى آثار الرهن الرسمى بالنسبة الى الغير .

الفرع الأول

آثار الرهن الرسمي بين المتعاقدين

٣٢٦ ـ عقد الرهن الرسمي من العقود الملزمة لجانب واحد ، فهو يلزم الراهن دون المرتهن . فاذا تحدثنا عن آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن ، فانما نعني بذلك التزاماته وحدود سلطته على عقاره بعد ترتيب الرهن ، واذا تحدثنا عن آثار الرهن الرسمي بالنسبة الى الدائن المرتهن ، فلسنا بصدد التزامات عليه ، وانما نعني بهذه الآثار مدى سلطة الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون ، أو بعبارة أخرى حدود حق الرهن الذي نشأ له على هذا العقار .

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن

٣٢٧ ــ في بيان هذه الآثار نبين التزامات الراهن وأثر الرهن على سلطة الراهن على عقاره .

المطلب الأول
التزامات الراهن

٣٢٨ ــ يلتزم الراهن بانشاء حق الرهن لصالح الدائن المرتهن ، ويلتزم بضمان سلامه حق الرهن .

١ ــ الالتزام بانشـــاء حق الراهن

٣٢٩ ــ فالراهن يلتزم بترتيب حق عيني تبعي للدائن المرتهن على العقار هو حق الرهن الرسمي ، وهذا الحق ينشأ في ظل القانون المصري بمجرد ابرام عقد الرهن الرسمي تطبيقا للمادة ٢٠٤ مدني التي تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفســه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ويشمل هذا النص الالتزام بانشاء حق عيني أو بنقل حق عيني[١] . لذلك لا يحتاج الراهن الى عمل تال للعقد لكي ينشيء الرهن اذ أنه ينشأ من تلقاء نفسه بمجرد العقد . ولكن يظهر هذا الالتزام وحده عند العقد ويتم تنفيــذه في وقت لاحق

---

(١) السنهوري : فقرة ١٦٩ ــ صـــفحة ٣٨٣ و ٣٨٤ ، الوكيل : فقرة ٥٧ ــ ص ١٧٩

عندما يرهن الراهن ملك غيره ، اذ أنه يحتاج فى هذه الحالة الى أن يتملك العقار المرهون أو أن يحصل على اقرار المالك للرهن فعندئذ ينقلب الرهن صحيحا ، وينشأ حق الرهن من هذا الوقت فقط [١] .

٣٣٠ ـ أما فى القانون المغربى فان مجرد العقد لا ينشىء الرهن الرسمى الاتفاقى ، بل لابد من تسجيل هذا الرهن[٢] ، فالعقد والتسجيل معا ينشأ منهما حق الرهن ، ولا يكفى العقد وحده ولو كان رسميا . واذا لم ينفذ الراهن العقد فلم يقم بتسجيله ، كان للمرتهن أن يقوم بمطالبته بالتعويض عن اخلاله بالعقد ، فالعقد يرتب التزامات شخصية يسأل الراهن عنها وان كان لا يرتب الحق العينى الا بالتسجيل . ويمكن للدائن المرتهن كذلك أن يطلب الى القضاء الحكم بثبوت ونفاذ عقد الرهن الرسمى ، ثم يقوم بتسجيل هذا الحكم فينشأ حق الرهن. ويمكن أن يطلب الدائن اسقاط أجل الدين لعدم قيام المدين بتقديم التأمين الذى وعد به . وقد جاءت الاشارة الى هذه الجزاءات فى مواضع مختلفة من القانون . فالفصل ٦٧ من تشريع التحفيظ العقارى يشير الى رجوع الأطراف بعضهم على بعض بحقوقهم ، والى امكان اقامة دعوى بسبب عدم التنفيذ . والفصل ٨٥ من نفس التشريع ينص على امكان القيد الاحتياطى الى أن يتخذ اجراءات الدعوى . وعلى ذلك فالفصل ٨٥ يحدد كيفية العقد الاحتياطى بأن يتم مؤيدا بنسخة من صحيفة الدعوى المقامة لاثبات الحق ، أو بأمر قضائى من رئيس المحكمة الاقليمية . ونص الفصل ٨٥ هو : « يمكن لكل من يدعى حقا فى عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق . ـ «فى غير الحالات التى

---

(١) السنهورى : فقرة ١٣٨ ـ صفحة ٣٠٩ ، احمد سلامة : فقرة ٣٧ ـ صفحة ١٢٣ ـ ١٢٠ وقارن : عبد الباقى : فقرة ٢١٣ ـ صفحة ٣١٩ ، شفيق شحاته : فقرة ٩٦ ص ٨٤

(٢) ديكرو : فقرة ٦٣٣ ـ ص ٣٩٣

يطلب فيها التقييد الاحتياطي بمقتضى سند يجب يجب أن يؤيد طلب هذا التقييد أما بنسخة من المقال المرفوع لدى القضاء قصد اثبات الحق واما بأمر قضائي صادر من رئيس المحكمة الاقليمية التى يوجد العقار فى دائرتها . هذا وان تاريخ التقييد الاحتياطى هو الذى يعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق للحق » . أما الفصل ٨٦ فينص على أنه : « اذا طلب التقيد الاحتياطى بموجب اذن من رئيس المحكمة الاقليمية فان مفعوله ينتهى ان لم ينجز التسجيل النهائى خلال ستة أشهر أو لم تقيد الدعوى بالمحكمة ولم يقع التنصيص عليها بالسجل العقارى خلال أجل شهر واحد » . فيجب طبقا لهذه النصوص على المرتهن أن يرفع دعواه بثبوت حقه ويقيدها قيدا احتياطيا أو أن يحصل على أمر من رئيس المحكمة الاقليمية باجراء هذا القيد ثم يرفع دعواه ويقيدها بالسجل العقارى خلال شهر من القيد الاحتياطى ، أو أن يجرى التسجيل النهائى خلال ستة أشهر من تاريخ القيد الاحتياطى . وقيامه بهذه الاجراءات يسمح له بالاحتفاظ بمرتبة للرهن المقرر له ترجع الى الوقت الذى تم فيه القيد احتياطيا . وأخيرا فان اسقاط أجل الدين قد نص عليه الفصل ١٣٩ من تقنين الالتزامات والعقود بقوله : « يفقد المدين مزية الأجل اذا أشهر افلاسه ، أو أضعف بفعله الضمانات الخاصة التى سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد ، أو لم يعط الضمانات التى وعد بها . ويطبق نفس الحكم على الحالة التى يكون المدين فيها قد أخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة التى تضعف الضمانات المقدمة منه » .

٢ ـ الالتزام بضمان سلامة الرهن

٣٣١ ـ تنص المادة ١٠٤٧ مدنى مصرى على أن يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه نقصا كبيرا ، وله فى حالة الاستعجال أن

يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك .

وينص الفصل ١٧٨ من تشريع التحفيظ العقارى على أنه : « في حالة ما اذا كان الملك أو الأملاك موضوع الرهن هلكت أو تعيبت بكيفية تجعلها غير كافية لضمان حقوق الدائن فمكن لهذا الأخير أن يطالب حينئذ بالأداء بعد صدور حكم قضائي وفق الطلب أو بالحصول على زيادة في الرهن » .

٣٣٢ ــ فالراهن يضمن للدائن المرتهن تعرض الغير . وهو يضمن في هذا الحالة التعرض القانوني دون التعرض العادى . فاذا قام الغير بعمل يعوق استعمال حق ارتفاق للعقار المرهون . كان للدائن طلب وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر[1] . أما اذا ادعى الغير ملكيته للعقار المرهون وأن الرهن القائم رهن لملك الغير . انه يجب على الراهن أن ينشط لدفع هذا التعرض[2] . اذ يقتضيه الضمان أن يقوم بدفع كل ادعاء بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن المرتهن[3] .

٣٣٣ ــ واذا كان الراهن يضمن تعرض الغير . فانه من باب أولى يضمن حصول التعرض منه شخصيا . لأن من كان عليه الضمان امتنع عليه التعرض . ولكنه في ضمان عدم تعرضه يضمن التعرض المادى والقانوني معا . فليس له أن يقوم بتخريب البناء المرهون أو أن يتركه يتخرب . أو أن ينزع منه الأبواب أو النوافذ . أو أن يهدم بعضه .

---

(١) البدراوى : فقره ٨٧ ــ صفحة ١١٨

(٢) السنهورى : فقره ١٧٠ ــ صفحة ٣٨٨

(٣) منصور : فقره ٣٢ ــ صفحة ٦٨

أو أن يفصل العقارات بالتخصيص ويتصرف فيها كمنقولات[١] كذلك لا يجوز له أن يرتب حقا على العقار المرهون يشهر قبل قيد الرهن[٢] .

وبصفة عامة يلتزم بالامتناع عن كل عمـل ايجابى أو سلبى ينقص من الضمان[٣] .

٣٣٤ ــ ولالتزام الراهن بضمان سلامة الرهن جزاءات متعددة عند الاخلال به : فيمكن الزامه بالضمان بطريق التنفيذ العينى ، ويكون ذلك بازالة كل عمل أدى الى انقاص الرهن أو عرض حقوق المرتهن للخطر ، ويكون التنفيذ العينى باعادة الحال الى ما كانت عليه . فان تعذر هذا ، أمكن التنفيذ بمقابل ، بمطالبة الراهن بتقديم تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمـة العقار أو يحل محله . ويجوز أخير أن يطلب الدائن المرتهن الحكم بسقوط أجل الدين وأدائه فورا ، لكون المدين قد أضعف التأمينات المقدمة منه . وبالاضـافة الى ما تقدم ، للدائن المرتهن اتخاذ ما يلزم من الوسـائل التحفظية ، كأن يطلب تعيين حارس على العقار ، أو أن يعترض على نزع عقار بالتخصيص وبيعه منقولا ، حتى يعتبر من يشتريه سيىء النية (فلا يمكنه أن يستعصم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية) أو أن يوقع حجزا على ثمنه تحت يد المشترى بحسن نية ، أو أن يطلب الترخيص له بالقيام بعمل الترميمات ليحول دون تهدم العقار . وله أن يرجع على الراهن مطالبا بما ينفقه فى ذلك[٤] .

---

(١) البدراوى : فقرة ٨٧ ــ صفحة ١١٧ و١١٨ ، منصور : فقرة٣٢ــ صفحة ٧٨

(٢) السنهورى : فقرة ١٧٠ ــ صفحة ٣٨٦ و ٣٨٧ ، منصـور : فقرة ٣٢ ــ صفحة ٧٨

(٣) منصور : فقرة ٣٢ ــ صفحة ٧٨

(٤) البدراوى : فقرة ٨٨ ــ صفحة ١١٩ و١٢٠،منصور : فقرة٣٢ــ صفحة ٧٩

٣٣٥ ــ وقد خص المشرع هلاك العقار ، أو تلفه بحكم خاص ، حيث نصت المـادة ١٠٤٨ مدنى مصرى على أنه :

١ ــ اذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقضى تأمينا كافيا أو يستوفى حقه فورا •

٢ ــ فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجـل • وفى هـذه الحالة الأخيرة اذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق الا فى اسـتيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول أجل الدين •

٣ ــ وفى جميع الأحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضـمان كان للدائن أن يطلب الى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر •

ويقبل هذا النص الفصل ١٧٨ من تشريع العقارات المحفظة المغربى الذى تقدم نصه •

ويفرق النص المصرى بين الهلاك أو التلف الذى يقع بخطأ الراهن والذى يقع بخطأ المرتهن ، والذى يقع بفعل الغير أو قضاء وقدرا أو بصفة عامة لسبب لا دخل لارادتهما فيه • ولا يخرج هذا النص عن أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة فى الدين المؤجل ، اذا كان ضعف التأمين الضامن له راجعا الى سبب من الأسباب المتقدمة ، فالمـادة ٢٧٣ مدنى مصرى تعدد الحالات التى يسقط فيها حق المدين فى الأجل ، ومن منها ما تنص عليه فقرتها الثانية فى حالة ما « اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى

الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هـذا التأمين قد أعطى بعقـد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا » .

فاذا كان هلاك العقار المرهون أو تلفه يرجع الى خطأ المدين ، كان للدائن خيار بين أن يقتضى تأمينا كافيا ، أو أن يسقط أجل الدين ويقتضى دينه فورا ما اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب أجنبى عن المدين فان الخيار ينتقل الى المدين ، فيختار بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يفى بالدين فورا وقبل حلول أجله ، ولكن قد يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، وفى هـذه الحالة يوفر على المدين الخيار بين أمرين كلاهما صـعب . وفى حالة ما اذا قام المدين بالوفاء قبل الأجـل ، فانه يخصم مما يفى به الفوائد بالسعر القانونى عن المدة الباقية حتى حلول الأجل اذا لم يكن الدين أصلا منتجا لفوائد. أما اذا كان الدين منتجا لفوائد ، فانه لايخصم شىء عن المدة الباقة ولا يدفع المدين أيضا فوائد عنها . وتطبق هـذه الأحكام سواء كان هلاك العقار ماديا أو قانونيا . والهلاك القانونى هو الذى يترتب عليه سقوط حق الدائن المرتهن فى تتبع العقار كنزع الملكية للمنفعة العامة . أما اذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المرتهن فلا خيار له فى شىء . بل ويجوز للراهن أن يرجع عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بخطئه . غير أن التعويض يحل محل العقار الهالك أو ما تلف منه ويخضع لحق الراهن طبقا لنظرية الحلول العينى[1] .

أما القانون المغربى فلا يفرق الفصـل ١٧٨ منه بين ما يقع بخطـأ المدين أو الغير أو بخطأ الدائن . وانما يقرر للدائن الخيار بين أن يحصل

---

(١) السنهورى : فقرة ١٧١ ـ ص ٣٩٠.

على حكم بأداء الدين فورا أو أن يحصل على زيادة فى الرهن . ولكن هذا الحكم ينطبق فقط حيث يكون هلاك العين المرهونة أو التى تعيبت قد أصابها ذلك بفضل الراهن أو بسبب أجنبى عن طرفى عقد الرهن . أما اذا كان الهلاك أو العيب واقعا بفضل الدائن المرتهن فليس له خيار بين طلب الوفاء الفورى أو زيادة الرهن بل انه للمدين أن يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر فى حالة المرهون .

٣٣٦ ــ وفى بعض الأحيان يحل حق جديد محل العقار الهالك أو التالف على سبيل التعويض ، وفى هذه الحالة تقضى المادة ١٠٤٩ مدنى مصرى بأنه : « اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » . والحقوق التى تحل محل العقار الهالك أو التالف واردة فى النص على سبيل المثال كما هو واضح من صياغته « كالتعويض »[1] .. ولذلك فان القاعدة تؤخذ على عموميتها بأن يحل كل حق يترتب على الهلاك أو التلف حلولا عينينا مكان العقار نفسه . فاذا كان هلاك العقار قانونيا كنزع ملكيته للمنفعة العامة ، حل الثمن المقدر له محل العقار فيرد عليه الرهن[2] ، غير أنه يتحول بالضرورة الى رهن حيازى . وتعتبر فى حكم الهلاك القانونى حالة ما اذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط فاسخ ، فتحقق هذا الشرط ، وزالت ملكيته ، ولم يكن من الممكن الابقاء على حق المرتهن فى مواجهة المالك السابق فان ذلك يترتب عليه أن يصير الرهن واردا على ملك الغير ، ولا ينفذ فى حق المالك السابق ، ولما كان تحقق الشرط الفاسخ يرتب أيضا وجوب رد الثمن الى الراهن ، فيحل هذا

---

(١) السنهورى : فقرة ١٧٢ ــ صفحة ٣٩٣
(٢) البدراوى : فقرة ٩٠ ــ صفحة ١٢٣

الثمن محل العقار طبقا للمادة ١٠٤٩ ويرد عليه الرهن ويصير رهنا حيازيا • واذا كان هلاك العقار ماديا نتيجة كارثة عامة أو غارة وعوضت الدولة أصحاب العقارات عنها ، أو نتيجة خطأ الغير فأدى عنه تعويضا ، أو دفعت شركة التأمين المبلغ المؤمن به على المنزل ، فان هذه المبالغ تحل حلولا عينيا محل العقار ويتحول الرهن من رهن رسمى الى رهن حيازى •

ونفس هذه القاعدة نجدها فى القانون المغربى فى باب الأحكام العامة للرهن الحيازى بتقنين الالتزامات والعقود • فالفصل ١١٨١ يقضى بأن : « يمتد الرهن الحيازى بقوة القانون الى التعويضات المستحقة على الغير بسبب هلاك المرهون أو تعييه أو بسبب نزع ملكيته للمنفعة العامة ، وللدائن أن يتخذ كل الاجراءات التحفظية لحفظ حقه فى مقدار التعويضات » • وهذا النص ينطبق على الرهن الرسمى الاتفاقى بطريق القياس •

المطلب الثانى

أثر الرهن على سلطة الراهن على عقاره

٣٣٧ ـ يحتفظ الراهن بملكية عقاره وبحيازته رغم وجود الرهن الرسمى • ويترتب على ذلك أن تبقى له سلطاته على هذا العقار من حيث التصرف فيه ومن حيث استعماله واستغلاله ولكن مع تقيده دائما بعدم المساس بحق المرتهن • لذلك نقسم الموضوع الى ثلاث بنود الأول عن سلطة الراهن فى التصرف ، والثانى عن الاستعمال والثالث عن الاستغلال •

٣٣٨ ـ أولا : سلطة الراهن فى التصرف :

تنص المادة ١٠٤٣ مدنى مصرى على انه « يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن » •

وفى القانون المغربى لا يوجد نص بصدد الرهن الرسمى ، ولكننا نرى أن يقاس على الرهن الحيازي الوارد حكمه فى الفصل ١١٧٧ / التزامات وعقود ونصه : « من رهن شيئا لا يفقد الحق فى تفويته الا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشىء المرهون يتوقف على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع ، ما لم يرتض الدائن اقرار التفويت » .

فالراهن له دائما أن يتصرف فى عقاره بعوض أو بغير عوض ولكن هذه التصرفات لا تنفذ فى مواجهة الدائن المرتهن اذا كان قد قيد حقه قبل تسجيل أو قيد هذه التصرفات ، أما اذا كانت هذه التصرفات قد سجلت أو قيدت قبله فانها تسرى فى مواجهته[1] ولكنها تعتبر اخلالا من الراهن بضمان سلامة الرهن[2] .

والشخص الذى يتلقى ملكية العقار من الراهن أو حقا عينيا عليه يسمى حائز العقار وفى مواجهة هذا الحائز يستطيع المرتهن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء الدين طالما أن حق الرهن مقيد قبل اكتساب الحائز حقه .

والغرض فى تصرف الراهن انه لا يمس الكيان المادى للعقار المرهون وبالتالى فهو لا ينقص شيئا من ضمان المرتهن ، ولكنه يمس أحيانا بهذا الضمان ، كما لو قام المدين بفصل جزء من العقار وبيعه مستقلا ، كحديقة المنزل المرهون فينقص ذلك من قيمة العقار ، أو كما

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١٠ — فقرة ١٧٤ — صفحة ٣٩٧ ، البدراوى فقرة ٩٢ — صفحة ١٢٤ ، الوكيل : فقرة ٨٠ — صفحة ٢٤٨ ، سلامة فقرة ٧٤ — صفحة ٢٤٣ ، منصور : فقرة ٣٣ — صفحة ٨٥

(٢) البدراوى : فقرة ٩٢ — صفحة ١٢٦ ، منصور : فقرة ٣٣ — صفحة ٨٤ و ٨٥

الى جزأ الراهن العقار وتصرف فى كل جزء على حده الى مشتر ، فان تعدد المشترين يؤدى الى تضاعف الاجراءات التى يقوم بها المرتهن فى مواجهتهم، وزيادة نفقاتها مما يعتبر اضعافا للضمان المقدم اليه يبرر طلب اسقاط أجل الدين[1] ولكن هذا الرأى لا يوافق عليه الكثير من الفقهاء[2] .

ولكن هل يجوز للمرتهن أن يشترط على الراهن عدم التصرف فى العقار المرهون حتى يضمن عدم نشوء حقوق نافذة فى مواجهته قبل قيد رهنه أو حتى لا يضطر الى اتخاذ اجراءات نزع الملكية فى مواجهة أشخاص متعددين ؟

يرى بعض الفقهاء ان حق الراهن فى التصرف فى عقاره متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته[3] بينما يرى آخرون أنه لا تعلق لهذا الحق بالنظام العام وان الاتفاق على عدم قيام الراهن بالتصرف فى العقار جائز مادام الباعث عليه مشروعا ، والمدة المحدودة له معقولة[4] .

وقد تصل تصرفات الراهن الى الانتقاص ماديا من العقار المرهون فيبيعه كمنقول بحسب المآل (بعد هدمه) ان كان منزلا ، أو ينزع منه

---

(١) Aubty et Rau : Cours de droit civil Français, 6è éd.. t. III. No. 286.

(٢) السنهوى : فقرة ١٧٤ ـ صفحة ٣٩٨ ، البدراوى : فقرة ٩٢ صفحة ١٢٦ ، الوكيل : فقرة ٨٠ ـ صفحة ٢٤٩ ، بلانيول وريبير ويكيه : جـ ١٣ ـ فقرة ٩٠٠ ويلاحظ ان تجزئة العقار اذا اقترنت بقصد الأضرار بالمرتهن تعتبر تعسفا من الراهن .

(٣) السنهورى : فقرة ١٧٤ ـ صفحة ٣٩٨ ، البدراوى : فقرة ٩٢ـ صفحة ١٢٥ ؛ عبد الباقى : فقرة ٢٧٨ ـ صفحة ٣٩٣ ، منصور : فقرة ٢٣ـ صفحة ٨٦ ، ٨٧ مرقس فقرة ٨٤

(٤) الوكيل : صفحة ٢٤٩ ـ هامش ٢

عقارات بالتخصيص ويبيعها منقولات • وللدائن المرتهن أن يعترض على تصرف الراهن اذا كان فيه انقاص كبير فى الضمان ، فيطلب اسقاط أجل الدين ، وله اتخاذ الاجراءات التحفظية المناسبة كتعيين حارس لمنع الهدم، واذا تم الهدم كان له أن يعترض على تسلم المشترى للمنقولات ، حتى لا يستطيع المشترى التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية اذ يعتبر سيىء النية منذ علمه بحق المرتهن • واذا تسلم المشترى المنقولات بقى للمرتهن أن يحجز على الثمن تحت يده • أما فى حالة نزع عقار بالتخصيص ، فان الأمر يختلف بحسب ما اذا كان المنقول قد خصص لخدمة العقار قبل نشوء حق الرهن أم خصص بعد نشوئه ، فاذا كان تخصيصه قد وقع قبل نشوء حق الرهن ، فان الراهن يكون قد عول عليه كجزء من العقار ، فاذا كان نزعه ينقص من ضمانه كان له أن يعارض فى نزعه ، أما اذا كان المنقول قد صار عقارا بالتخصيص بعد نشوء حق الرهن ، فان المرتهن لم يعول على وجوده ، وهو قد ارتهن العقار بدونه فيحق للراهن التصرف فيه ولو اعترض المرتهن[1] •

٣٣٩ ـ ثانيا : سلطة الراهن فى استعمال العقار المرهون :

تبقى للراهن ــ مع وجود الرهن ــ سلطته فى استعمال العقار فيما أعد له ، فيستطيع أن يستمر فى سكناه فيه ان كان منزلا ، وأن يجنى ثماره الطبيعية ان كان أرضا • وهو لا يتقيد فى استعمال العقار الا بما سبق ذكره من عدم المساس بحق الرهن أو الانتقاص منه ، فاذا قام الراهن بهدم البناء ، فان ذلك يقضى على التأمين العينى ان كان الرهن واردا على البناء وحده ، ويضعفه ان كان الرهن واردا على الأرض والبناء معا • لذلك يحق للمرتهن الاعتراض على هدم العقار أو على نزع بعض

---

(١) الوكيل : فقرة ٨٣ ــ صفحة ٢٦٠ ، البدراوى : فقرة ٩٣ ــ صفحة ١٢٩ ، سلامة : فقرة ٧٥ ــ صفحة ٢٥٧

العقارات بالتخصيص منه الا اذا كان الراهن يقصد اقامة بناء آخر لايقل من الأول أو أن يضع عقارات بالتخصيص لا تقل عن المنزوعة . فانه لايحق للمرتهن الاعتراض عندئذ لأن ضمانه لم ينقص[١] والراهن هو الذى يكلف باثبات أن هنالك بناء آخر سيقام أو أن هناك عقارات بالتخصيص بديلة للمنزوعة .

ولا يعتبر مساسا بحق المرتهن ولا اضعافا لضمانه أن يزرع الراهن الأرض قطنا مرة كل سنتين مخالفا بذلك ما جرت به العادة من فرعها مرة كل ثلاثة سنوات وبخاصة اذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين الى مدى بعيد[٢] . ويدخل تقدير ذلك فى سلطة قاضى الموضوع دون معقب من محكمة النقض[٣] .

٣٤٠ – ثالثا : سلطة الراهن فى استغلال العقار المرهون :

تنص المادة ١٠٤٤ مدنى مصرى على أن « للراهن الحق فى ادارة العقار المرهون ، وفى قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار » .

هذا الحكم رغم أنه لم ينص عليه فى القانون المغربى الا انه يؤخذ بمفهوم المخالفة من الفصل ٣٤٣ من قانون المسطرة المدنية الذى يسلب الراهن سلطة التصرف فى العقار وثماره اعتبارا من تاريخ تبليغه بالحجز، فيفهم من هذا أن له سلطة التصرف قبل هذا التاريخ .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٨١ – صفحة ٤١٣ ، الوكيل : فقرة ٧٣ – صفحة ٢٣٢ و ٢٣٣

(٢) السنهورى : فقرة ٤٧٧ – ص ٤٠٣ ، الوكيل : صفحة ٢٣١ – هامش رقم ١

(٣) السنهورى : فقرة ١٧٧ – صفحة ٤٠٤ ، الوكيل : فقرة ٧٤ – ص ٢٣٥

فالراهن له حق ادارة العقار للحصول على ما يغله من ثمار سواء كانت طبيعية أو مستحدثة أو مدنية ، وله فى ادارة العقار أن يعدل كما يشاء فى طريقة استغلاله ، فيمكنه أن يحول الأرض الزراعية الى بساتين للفواكه أو العكس ، أو أن يحولها الى مصنع ، أو الى أرض لاقامة مبانى سكنية والغرض فى كل هذه الأعمال ألا تمس حق المرتهن فلا تنقص من ضمانه(١) .

والثمار التى يغلها العقار من حق الراهن ، ولكن الى أجل معلوم هو تسجيل تنبيه نزع الملكية على القانون المصرى أو تبليغ المنفذ عليه بالحجز فى القانون المغربى ، اذ من هذا التاريخ تعتبر ملحقة بالعقار . ولكن الحاق الثمار بالعقار ليس أثرا للرهن فى ذاته ، وانما هو أثر للحجز على العقار ، لذلك فان هذا الأثر يترتب حتى عندما يقوم الدائن العادى بالتنفيذ على العقار .

وتثير سلطة الراهن فى استغلال العقار المرهون عدة مسائل هى : مدى نفاذ ايجار العقار المرهون فى مواجهة الدائن المرتهن ومدى نفاذ قبض الأجرة مقدما أو الحوالة بها فى مواجهته ، وبيع الراهن للثمار المستحدثة قبل جنيها .

٣٤١ ــ ١ ــ ايجار العقار المرهون :

نصت المادة ١٠٥٤ مدنى مصرى على أن :

« ١ ــ الايجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن ، الا اذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أما اذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه

---

(١) السنهورى : فقرة ١٧٧ ــ صفحة ٤٠٣

ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذا الا اذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الادارة الحسنة » .

« ٢ ــ واذا كان الايجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن الا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن » .

وفي القانون المغربي ينص الفصل ٦٥ من تشريع التحفيظ العقاري على أنه « يجب أن تشهر بواسطة تسجيل في السجل العقاري جميع عقود أكرية العقارات التي تفوق مدتها ثلاث سنوات وكل ابراء أو حوالة لقدر مالي يوازي كراء بناء أو أرض لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء » .

وفي حكم ايجار العقار المرهون بحسب القانون المصري : اذا زادت مدة الاجارة على تسع سنوات وجب أن تكون مسجلة قبل قيد الرهن . لأن الاجارة لمدة طويلة تشبه أعمال التصرف فيجب تسجيلها ليعلم بها من يقدم على التعامل في العقار . وبتسجيل عقد الايجار قبل قيد الرهن يسري بكامل مدته في مواجهة الدائن المرتهن . فاذا لم يكن عقد الايجار مسجلا ، فانه قد يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وفي هذه الحالة يسري في حق الدائن المرتهن في حدود تسع سنوات فقط ، أي ينقص من مدته ما يزيد على ذلك فلا ينفذ في حق المرتهن . أما اذا لم يكن عقد الايجار مسجلا قبل القيد ، ولا ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ، ولم تعجل فيه الأجرة . فانه لا يسري في حق المرتهن الا في حدود أعمال الادارة الحسنة . والادارة الحسنة تقدر بسنة في المباني وثلاث سنوات في

الأراضى الزراعية ، فلا تنفذ الاجارة فى مواجهة المرتهن الا فى حدود هذه المدة أيا كانت المدة التى ينص عليها عقد الايجار[1] .

أما فى القانون المغربى فان حكم الفصل ٦٥ سالف الذكر يتضمن وجوب تسجيل عقود الايجار اذا زادت مدتها على ثلاث سنوات ، فاذا لم تسجل لم تكن حجة على الغير ، فلا يحتج بها على الدائن المرتهن الا فى حدود مدة ثلاث سنوات فقط . وقد نص على ذلك الفصل ٦٨ من تشريع الحفيظ العقارى بقوله : « ان عقود الأكرية التى لم يقع اشهارها للعموم بتسجيلها فى السجل العقارى طبقا لمقتضيات الفصل ٦٥ من هذا المرسوم الملكى لا يجوز التمسك بها فى مواجهة الغير لكل مدة تتجاوز ثلاث سنوات تحسب من اليوم الذى تنتج فيه الأفعال والاتفاقات المشار اليها فى الفصل ٦٥ أثرها » .

٣٤٢ – ٢ – قبض الاجرة مقدما او الحوالة بها :

تنص المادة ١٠٤٦ مدنى مصرى على أنه :

« ١ – لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك ، نافذة فى حق الدائن المرتهن الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية » .

« ٢ – أما اذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فانها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، والا خفضت المدة الى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة » .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٧٨ – صفحة ٤٠٦ ، البدراوى فقرة ٩ – صفحة ١٣٢

ويفرق هـذا النص بين ما اذا كانت المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدما عن مدة تزيد على ثلاث سنوات أو كانت لا تزيد عن ذلك • فان لم تزد عن ثلاث سنوات كانت نافذة فى حدود أجرة سنة واحدة ولو كانت غير ثابتة التاريخ وذلك طبقـا للمادة ٤٠٩ من قانون المرافعات المصرى الجديد [١] • ويجب أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ان وقعت عن مدة تزيد على سنة الى ثلاث سنوات • فان لم تكن ثابتة التاريخ على هذا النحو ، لا تنفذ فى مواجهة المرتهن الا فى حدود الادارة الحسـنة (سنة فى المبانى وثلاث سـنوات فى الأراضى الزراعيـة) • أما اذا زادت المدة التى وقع التخالص عنها مقدما أو حوالة أجرتها مقدما عن ثلاث سنوات فانه يجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الرهن لا قبل تسجيل التنبيه فقط حتى تكون نافذة فى حق المرتهن ، فاذا لم تكن مسجلة نفذت فى حدود ثلاث سنوات ان كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وفى حدود الادارة الحسنة ان لم تكن ثابتة التاريخ[٢] •

أما فى القانون المغربى فان قبض الأجرة مقدما أو حوالتها لا يحتج به على المرتهن اذا زادت قيمته عن السنة الجارية الا اذا كان الابراء للقبض أو الحوالة مسجلا فى السجل العقارى الفصل ٦٥ سالف الذكر •

٣٤٣ – ٣ – بيع الثمار المستحدثة قبل جنيها :

لا خلاف فى أنه اذا تم فصل الثمار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو تبليغ الراهن بالحجز العقارى ، فلا حق للمرتهن عليها ، ولكن الخلاف يظهر اذا قام الراهن ببيع الثمار المستحدثة قبل جنيها ، فذهب البعض الى أن للمرتهن أن يعتبرها عقارا ما دامت فى الأرض والى أن يتم فصلها،

---

(١) البدراوى : فقرة ٩٦ – صفحة ١٣٥

(٢) السنهورى : فقرة ١٧٩ – صفحة ٤١٠ ، البدراوى : فقرة ٩٦ ص ١٣٥

ويذهب الرأى الراجح في القانون المصرى الى أن بيع هذه الثمار اذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه الملكية فان ذلك يعتبر فى حكم تعجيل الأجرة وهــو جائز ، أما اذا كان غير ثابت التــاريخ فلا يسرى فى حق المرتهن ، وكذلك الحال إذا بيعت بيعا ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه وادعى المرتهن أن هذا البيع كان عن تواطؤ بين الراهن والمشترى اضرارا به فيطعن بالغش فى البيع ويعتبره غير نافذ فى حقه[1] .

أما فى القانون المغربى فان التصرف فى الثمار التى لم يتم جنيهــا قبل تبليغ المنفــذ عليه بالحجز العقارى يكون أمرا ممنوعا على الراهن المحجوز عليه اذا ثبت فى حقه الغش بأن قصد الأضرار بالدائنين وتصرف فى الثمار قبل أوان جنيها حين شعر باقتراب التنفيذ عليه والحاقها بالعقار، فلا ينفذ تصرفه فى حقهم . أما فيما سوى ذلك فينفذ .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٨٠ ـ صفحة ٤١١ وما بعدها ، الوكيل : فقرة ٧٨ ص ٢٤٥ ، عبد الباقى : فقرة ٢٢٨ ص ٣٤٧

المبحث الثاني

آثار الرهن الرسمي بالنسبة الى المرتهن

٣٤٤ ـ تظهر سلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون عندما يحين أجل الدين ويشرع فى التنفيذ على العقار استيفاء له . أما قبل ذلك فلا تبدو للمرتهن سلطة على العقار الا من حيث حقه فى الاعتراض على الانتقاص من التأمين أو المساس بحقه بأى طريق[1] .

وللدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينفذ على العقار المرهون من المدين ، وهو يفعل ذلك بمقتضى حق الرهن ، وله من ناحية أخرى سواء فى القانون المصرى أو القانون المغربى أن ينفذ على أموال المدين الأخرى غير المرهونة ، بل وله أن يبدأ بالتنفيذ عليها قبل التنفيذ على العقار المرهون ، وهو يفعل ذلك بمقتضى ما له من ضمان عام على أموال مدينه وذلك خلافاً للقانون الفرنسى (المادة ٢٢٠٩ مدنى) حيث لا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على مال غير مرهون له الا عند عدم كفاية العقار المرهون[2] .

---

(١) البدراوى : فقرة ٩٧ ـ صفحة ١٣٨

(٢) البدراوى : فقرة ٩٧ ـ صفحة ١٣٧ ، وقارن السنهورى : فقرة ١٨٣ ـ صفحة ٤١٧ ، ويبدو لنا أنه لم يلاحظ الغاء المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات المصرى السابق والتى كانت تقضى بأنه لا يجوز للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه الا اذا كان ما خصص للوفاء غير كاف فقد حذف هذا النص ولم يرد فى قانون المرافعات المصرى الحالى . اما قانون المسطرة المدنية المغربى فقد نص صراحة على جواز التنفيذ فى الفصل ٣٣٨ بقوله : « لا تتخذ اجراءات نزع ملكية العقارات الا فى حالة عدم كفاية المنقولات ما لم يكن الأمر متعلقا بديون مضمونة برهون رسمية » .

٣٤٥ ــ واذا كان الراهن كفيلا عينيا ، فان الدائن المرتهن يملك التنفيذ على عقاره المرهون ، وله أن ينفذ عليه قبل التنفيذ على أموال المدين مرهونة وغير مرهونة أو ينفذ عليه مع التنفيذ على أموال المدين . وليس للكفيل العينى أن يدفع بتجريد المدين أولا ، الا اذا كان قد اشترط ذلك من أول الأمر . ولكن ليس للدائن المرتهن أن ينفذ على مال من أموال الكفيل العينى غير العقار المرهون ، لأنه ليس له حق ضمان عام على ذمة هذا الكفيل العينى . والدائن ينفذ فى مواجهة الكفيل العينى بأن يكلف المدين أولا بالوفاء ، ثم يعلن تنبيه نزع الملكية الى الكفيل العينى[1] أو يبلغه بالحجز العقارى ويستمر فى الاجراءات الى نهايتها كما سيأتى فيما بعد . وللكفيل العينى أن يتفادى الاجراءات الموجهة اليه بأن يتخلى عن العقار المرهون كما يفعل حائز العقار أحيانا ، وسيأتى بيان أحكام التخلية كذلك .

٣٤٦ ــ وتتقيد سلطة المرتهن فى التنفيذ على العقار المرهون (سواء كان راهنه المدين أو الكفيل العينى) بأن يتبع الاجراءات التى يرسمها قانون المسطرة المدنية للتنفيذ الجهرى . وتتخذ مخالفة هذه الاجراءات صورة شرطين شهيرين هما شرط تملك المرتهن العقار المرهون وشرط الطريق الممهد .

أما شرط تملك المرتهن للعقار المرهون اذا لم يسدد الدين فانه يكون باطلا مطلقا سواء نص عليه فى عقد الرهن الرسمى أو فى اتفاق لاحق طالما أن أجل الدين لا يزال قائما . أما اذا حل أجل الدين أو حل أحد أقساطه ، فان ابرام مثل هذا الاتفاق بعد ذلك يجعله صحيحا ، لأن مظنة ضعف الراهن واضطراره الى الاستجابة لشروط المرتهن تكن منتفية

---

(١) السنهورى : فقرة ١٨٤ ــ ص ٤١٨ وما بعدها ، والبدراوى فقرة ٩٨ ص ١٣٨

عندئذ ، ويعتبر الاتفاق على تمليك المرتهن العقار وفاء بمقابل . وعندما يكون هذا الشرط باطلا فانه يبطل وحده ويبقى عقد الرهن الرسمى صحيحا ، الا اذا تبين ن وجود هذا الشرط هو الدافع الى ابرام عقد الرهن ، وان الرهن ما كان ليتم بغير هذا الشرط والرهن يكونان باطلين طبقا للمادة ١٤٣ مدنى .

وأما شرط الطريق الممهد : فهو يسمح للمرتهن بأن يبيع العقار دون الالتجاء الى القضاء واتباع قواعد التنفيذ الجبرى عند عدم الوفاء بالدين. وهذا الشرط أيضا مخالف للنظام العام . وباطل بطلانا مطلقا ، ولكنه لا يؤدى الى بطلان عقد الرهن ذاته الا اذا تبين أن المرتهن لم يكن ليبرم عقد الرهن بغير هذا الشرط ، فيبطل الرهن أيضا . وتقاس هذه الحالة على شرط تملك المرتهن للعقار فيصح شرط الطريق الممهد اذا اتفق عليه بعد حلول الدين أو قسط من أقساطه[١] .

وقد نصت على هذه الأحكام المواد ١٠٥٠ — ١٠٥٢ مدنى مصرى فتقول المادة ١٠٥٠ : « اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلايجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ». وتنص المادة ١٠٥١ على أن :

« ١ — للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات » .

---

(١) السنهورى : الفقرتين ١٨٥ و ١٨٦ صفحة ٤٢١ وما بعدها البدراوى الفقرتين ١٠٠ و ١٠١ صفحة ١٤٢ ومابعدها منصور: فقرة ٣٨ — صفحة ٩٥ وما بعدها ، الوكيل: الفقرتين ٧٨ و ٨٨ — صفحة ٢٧٣ ومابعدها.

« ٢ ـ واذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى اجراء موجه اليه ، هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار » . أما المادة ١٠٥٢ فتقضى بأن :

« ١ ـ يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، فى أن تملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان أو فى أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

٢ ـ ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » .

وفى القانون المغربى لا يوجد نص بخصوص التنفيذ على الكفيل العينى فى تشريع العقارات المحفظة ، ولما كانت الأحكام المتقدمة متفقة مع القواعد العامة فاننا نرى انه يمكن للقضاء المغربى تطبيقها فيما يعرض له من منازعات . أما فيما يتعلق بشرط تملك المرتهن للعقار المرهون وشرط الطريق الممهد ، فيوجد نصان عليهما أحدهما ورد بشأن الرهن الحيازى العقارى ، والآخر بشأن الرهن الحيازى فى المنقول وهما يبطلان مثل هذه الشروط ، ولما كان الرهن الرسمى لم يرد فيه نص على بطلان هذه الشروط ، فاننا نرى قياسه على الرهن الحيازى بنوعيه ، واعتبار تلك الشروط باطلة بطلانا مطلقا . والنص الخاص بالرهن الحيازى العقارى هو الفصل ١٠٤ من تشريع العقارات المحفظة : « لا يصبح الدائن مالكا للعقار بمجرد عدم الوفاء فى الأجل المتفق عليه وكل شرط يقضى بغير ذلك يكون باطلا وفى هذه الحالة يمكنه أن يطالب بالطرق القانونية نزع ملكية مدينه » . أما النص الخاص برهن المنقول رهنا حيازيا فهو الفصل ١٢٢٦ من تقنين الالتزامات والعقود ونصه : « كل شرط من شأنه أن يسمح

للدائن عند عدم الوفاء له بدينه في أن يتملك المرهون أو أن يتصرف فيه بدون اتباع الاجراءات التي يقضي بها القانون يكون باطلا ولو جاء بعد العقد ويبطل أيضا كل شرط ولو جاء بعد العقد ، يكون من شـأنه أن يسمح للأمين ، عند عدم الوفاء المدين بالدين ، بأن يصفي المرهون وأن يدفع للدائن دينه بغير اتباع الاجراءات التي يقضي بها القانون » .

الفرع الثانى

آثار الرهن الرسمى بالنسبة الى الغير

٣٤٧ — يقصد بالغير فى هذا المجال كل من له حق يضار بسبب وجود الرهن الرسمى ، فتشمل كلمة الغير :

١ — من لهم حقوق عينية أصلية أو تبعية على العقار المرهون : سواء كان هذا العقار هو عقار المدين أو عقار الكفيل العينى • وسواء كانت الحقوق العينية الأصلية حق ملكية أو حق انتفاع أو حق حكر ، وسواء كانت الحقوق العينية التبعية رهونا رسمية أو حيازية أو حق امتياز ، فاذا كان للدائن المرتهن أن يتقدم عليهم فيضرهم بذلك فهم من الغير بالنسبة الى عقد الرهن[1] •

٢ — الدائنون العاديون للراهن (مدينا كان أو كفيلا عينيا) لأن حقوقهم أيضا تتأثر بل وتضار بوجود حق المرهن النافذ فى مواجهتهم ، فيعتبرون من الغير[2] •

وحق الرهن الرسمى لا ينفذ فى مواجهة الغير بهذا المعنى الا اذاكان مسجلا فى السجل العقارى واذا سجل حق الرهن تسجيلا نافذا فى مواجهة الغير ، فانه يرتب للمرتهن حق الأفضلية على هؤلاء الغير أن كانوا دائنين عاديين أو مرتهنين فيحصل على حقه من ثمن العقار المرهون قبلهم ، ويرتب

---

(١) السنهورى : فقرة ١٨٧ — صفحة ٤٢٦ وما بعدها .

(٢) السنهورى : فقرة ١٨٧ — صفحة ٤٢٧

له حق تتبع هذا العقار تحت يد الحائز الذى يكتسب حقا عينيا أصليا عليه بعد قيد الرهن .

هكذا يكون لدينا موضوعان فى دراسة آثار عقد الرهن الرسمى بالنسبة للغير وهما : حق التقدم ، وحق التتبع .

ولكل من هذين الموضوعين سنخصص مبحثا من هذا الفرع . أما تسجيل الرهن فنكتفى فيه بما ذكرناه فى الباب الثالث من الكتاب الأول .

المبحث الأول

حق التقدم

٣٤٨ — تنص المادة ١٠٥٦ مدنى مصرى على أن : « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » .

واقتضاء الدائنين المرتهنين حقوقهم بالأولوية والأسبقية يقتضى منا بيان كيف تكون هذه الأسبقية من النواحى التالية :

١ — من ناحية الدين المضمون .

٢ — من ناحية العقار المرهون .

٣ — تزاحم الدائنين المرتهنين .

٤ — نزول الدائن المرتهن عن مرتبته .

المطلب الأول

الدين المضمون

٣٤٩ — ان تسجيل الرهن يضمن أصل الدين ولو كان دينا شرطيا أو دينا احتماليا أو دينا مستقبلا أو ايرادا مرتبا مدى الحياة ، ويضمن مصروفات العقد ومصروفات المطالبة القضائية الموجهة ضد المدين ، والتعويضات المستحقة للدائن ، وتوابع الدين ، وذلك كله قياسا على الفصل ١١٩٩ التزامات وعقود الخاص بالرهن الحيازى .

فاذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ ، فانه يظل موجودا حتى يتحقق الشرط الفاسخ فيزول أو يتخلف الشرط الفاسخ فيتأكد . ولذلك يكون للدائن بدين معلق على شرط فاسخ حق فى توزيع ثمن العقار المرهون حسب المرتبة التى يحتلها . والفقه والقضاء الفرنسيان مستقران على الزام الدائن فى هذه الحالة بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه عند تحقق الشرط الفاسخ فاذا تحقق هذا وألزم الدائن بالرد وزع ما رده على سائر الدائنين[١] .

أما اذا كان الدين معلقا على شرط واقف ، كان دينا محتمل الوجود، ولذا تقدر للدائن بهذا الدين حصة احتمالية ، هى مقدار دينه ، ويتم التوزيع الفعلى لثمن العقار بأكمله على الدائنين التاليين فى المرتبة على أن يلتزموا بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما اذا تحقق الشرط[٢] .

وأما اذا كان الدين ناشئا عن فتح حساب جار كان دينا احتماليا مستقبلا ، احتمالى لأنه لا يعرف من سيكون الدائن عند اقفال الحساب الجارى . ومستقبل لأنه أيا كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكنه سيوجد فى المستقبل . ولكن عقد الرهن الرسمى يحدد فيه كما سبق أن ذكرنا الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين . وعند توزيع ثمن العقار على الدائنين فى هذه الحالة اقترحت ثلاثة حلول : الأول : أن يرجىء القاضى التوزيع اذا كان التحقق من وجود الدين قريبا ، أو أن يجرى توزيعا جزئيا فيعطى أصحاب الديون التى تسبق الدين الاحتمالى ويؤخر الباقين

---

(١) بلانيول وريبيروبيكيه : جـ ١٣ ـ الفقرة ٦٧٦ ـ صفحة ٢٨٣ أوبرى ورو : جـ ٣ فقرة ٢٨٥ ـ صفحة ٥٦٧ ، السنهورى فقرة ٢٣٩ ـ صفحة ٤٩٥

(٢) السنهورى : فقرة ٢٣٩ ـ صفحة ٤٩٥ .

الى وقت لاحق • والثـانى : اذا كان محققا ان الدين سـيوجد ولكن لا يعرف مقداره عند التوزيع ، فان القاضى يقدر الدين ويعطيه للدائنين به ، على أن يقدم الدائن الى الدائنين اللاحقين له فى المرتبة تأمينا عينيا بحيث اذا اتضح أن تقدير الدين كان أكبر مما تحقق بعد ، يرجع الدائنون اللاحقون على الدائن الاحتمالى فيما قدم من ضـمان ، وان اتضـح أن تقدير الدين كان أقل مما تحقق بعد ، رجع عليهم الدائن الاحتمالى • أما الحل الثالث : فهو صرف النظر عن الدين الاحتمالى ، واجراء التوزيع على الدائنين الآخرين على أن يقـدم اللاحقون فى المرتبة تأمينا عينيـا لضمان الوفاء الى الدائن الاحتمالى بنصيبه عندما يتحدد مقداره • وهذا الحل يناسب الحالات التى لن يتم فيها تحقق مقدار الدين أو تصـفية الحساب فى وقت قريب[1] •

أما الايراد المرتب مدى الحياة فانه يصعب تقـديره لأنه لا يمكن معرفة متى يموت صاحبه ، وقد ذهب رأى الى أن تقـدر المحكمة رأس مال معين تقرر حبسه لحساب صاحب الايراد وأن يستثمر استثمارا من شأنه تمكين الدائن بالايراد من الحصول على مرتبه • ولكن يحول دون تحقيق ذلك الصعوبة التى ذكرناها اذ لا أحد يستطيع التنبؤ بعمر الانسان• لذلك ذهب رأى آخر الى أن يوزع ثمن العقار المرهون على الدائنين بحسب مراتبهم على أن يتعهـد المتأخرون فى المرتبة عن صاحب الايراد

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه : جـ ١٣ ــ فقرة ٩٧٦ ــ صـفحة ٢٨٤ وقد حكم القضاء المختلط بأنه اذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذى يقفل فيه الحساب او الاعتماد ، فان هذا الاتفاق لا ينفذ فى حق الغير بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التى تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصلى المتفق عليه ، ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة الى ما تسلمه فى الميعاد لا تجاوز الحد الأقصى ــ مرقس : ص ١٠٦ هامش ٢ ، الوكيل : ص ٢٩٦ هامش ١

متضامنين بأداء المرتب فى مواعيد استحقاقه الدورية ، وقد يضاف وجوب تقديم ضمان عينى مساو للأول فى قوته وسهولة اقتضاء الحق منه[١] .

المطلب الثانى
العقار المرهون

٣٥٠ — يقتضى الدائن المرتهن ذى الأسبقية حقه من ثمن العقار المرهون عند بيعه هو وملحقاته من عقارات بالتخصيص وتحسينات وانشاءات وثمار ملحقه به . ويستوى أن يكون بيع العقار قد تم قضائيا أم وديا ، وسواء تم بناء على طلب دائن المرتهن أو بناء على طلب دائن آخر ، فالأسبقية ثابتة له فى كل الأحوال[٢] .

ولكن قد يهلك العقار هلاكا ماديا أو قانونيا . ويحل محله مال آخر وعندئذ ينتقل حق الدائن المرتهن الى هذا المال الآخر بنفس مرتبته .

فاذا اقتضى مالك العقار المرهون تعويضا أو مبلغ تأمين أو مقابلا لنزع ملكية العقار للمنفعة العامة أو غير ذلك مما يمكن أن يحل محل العقار المرهون ، كان للمرتهن حق استيفاء دينه من هذا المال على التفصيل التالى :

٣٥١ — أولا — التعويض :

اذا هلك العقار المرهون بخطأ الغير ، أما كانت صورة الفعل الذى أسست عليه المسئولية ، والتزم الغير بأداء تعويض لمالك العقار ينتقل حق الرهن الى هذا التعويض الذى يحل محل العقار ، ونظرا لأن هلاك

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه : حـ ١٣ — فقرة ٩٧٧ — ص ٢٨٥ ؛ السنهورى فقرة ٢٤٠ ص ٤٩٧ . الوكيل : فقرة ٩٧ — ص ٢٩٧

(٢) البدراوى : فقرة ١٠٥ — ص ١٤٩

العقار المرهون يترتب عليه سقوط أجل الدين ، فان الدائن المرتهن يستوفى دينه من التعويض ولا ينتظر حلول أجل الدين لأنه سقط[١] .

وللمرتهن أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المسئول على التعويض المستحق ، بل انه يكفى مجرد اخطار الملتزم بالتعويض بأن العقار الهالك كان مرهونا . ويتعلق حقه بالتعويض فيمتنع عليه عند الوفاء للراهن[٢] .

٣٥٢ — ثانيا — عوض التامين :

تنص المادة ٧٧٠ مدنى مصرى وهى خاصة بالتأمين من الحريق — على ما يأتى :

« ١ — اذا كان الشىء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو برهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية انتقلت هذه الحقوق الى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

« ٢ — فاذا اشهرت هذه الحقوق أو أعلنت الى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه فلا يجوز له أن يدفع ما فى ذمته للمؤمن له الا برضاء الدائنين » .

« ٣ — فاذا حجز على الشىء المؤمن عليه أو وضع هذا الشىء تحت الحراسة ، فلا يجوز للمؤمن اذا علن بذلك على الوجه المبين فى الفقرة السابقة أن يدفع للمؤمن له شيئا مما فى ذمته » .

---

(١) البدراوى : فقرة ١٠٦ — ص ١٥٠

(٢) البدراوى : فقرة ١٠٦ — ص ١٥٠ — السنهورى : فقرة ٢٤٦ ص ٥٠٣ ، الوكيل : فقرة ٥٥ — ص ٢٨٩ — ٢٩٠

وبمقتضى هذا النص يلتزم المؤمن بعدم الوفاء بعوض التأمين عن احتراق العقـار المرهـون الى المؤمن له ، ويلتزم المؤمن بذلك اذا كان التأمين العينى مشهرا ، كالرهن الرسمى ، دون حاجة الى اخطار بذلك من جانب الدائن المرتهن[1] . فاذا دفع المؤمن للراهن مبلغ التأمين فانه يدفع خطأ ، فيدفع مرتين .

وهذا النص خاص بالحريق ، الا ان بعض الآراء تذهب الى تطبيقه على غيره من أنواع التأمين على الأشياء[2] ، الا أن الرأى الراجح يذهب الى أن هذا الحكم استثناء لا يقاس عليه والأصـل أن المؤمن غير ملزم بالكشف عن حالة الشيء المرهون فى الشهر العقارى ، فلا يلتزم فى الأنواع الأخرى من التأمين بعدم الوفاء للمؤمن له الا اذا أخطره ذوو الشـأن بتعلق حقوقهم بالشيء المؤمن عليه[3] .

أما فى القانون المغربى فقـد رأينا أن يقاس حكم الرهن الرسمى على حكم الرهن الحيازى الوارد فى الفصل ١١٨١ من تقنين الالتزامات والعقود ، والذى يقضى بأن : « يمتد الرهن الحيازى بقوة القانون الى التعويضـات المسـتحقة على الغير بسبب هـلاك المرهون أو تعيبـه أو بسبب نزع ملكيته للمنفعة العـامة وللدائن أن يتخذ كل الاجراءات التحفظية لحفظ حقه فى مقدار التعويضات » وطبقا لهذا النص لا يبقى مبلغ التأمين أو تعويض نزع الملكية تلقائيا تحت تصرف الدائن المرتهن . بل يجب عليه أن يتخذ الاجراءات التحفظية لحفظ حقه فيخطر الجهـة

---

(١) البدراوى : فقرة ١٠٦ — ص ١٥٢

(٢) الوكيل : فقرة ٩٤ — ص ٢٨٩

(٣) البدراوى : فقرة ١٠٦ — ص ١٥٢ . سـلامة : فقرة ١٢٤ — ص ٤١٨ — ٤١٩

الملتزمة بالتعويض بحقه على العقار الهالك ، وبوقوع حقه على المبلغ المستحق عليها بهلاك العقار أو نزعه للمصلحة العامة .

المطلب الثالث

تزاحم الدائنين المرتهنين

٣٥٣ ــ تتحدد أسبقية كل دائن مرتهن فى القانون المصرى حسب تاريخ قيد رهنه ، فمن كان أسبق فى تاريخ القيد بيوم واحد كان مقدما على من يتلوه فى تاريخ القيد . بل ان التفاضل يقع لصالح من كان أسبق فى قيد رهنه ولو بساعة واحدة . أما من تقدموا للقيد فى نفس الساعة ولا يفصل بينهم الا الدقائق ، فانهم يأخذون مرتبة واحدة ، ولكن يستطيع الدائن أن يعتبر قيام المدين برهن نفس العقار لشخص آخر يأخذ نفس مرتبته ، اخلالا بالالتزام بسلامة الرهن أو بالالتزام بانشاء تأمين عينى كاف لضمان دينه .

أما فى القانون المغربى فان نظام الأسبقية يحدده الفصلان ٧٦ و ٧٧ من تشريع التحفيظ العقارى ، فالفصل ٧٦ يقضى بأنه : « يلزم المحافظ أن يتخذ سجلا للايداع يثبت فيه المطالب بانجاز الاجراءات والوثائق المسلمة اليه بأرقام ترتيبية وحسب ورودها اليه » ويسلم لطالب الاجراءات ــ بطاب من هذا الأخير ــ اعترافا يشير فيه لرقم سجل الايداع الذى سجل تحته كل مطلب ، ويقوم بالاجراءات حسب ترتيب المطالب .

« واذا قدمت فى آن واحد عدة مطالب متعلقة بنفس العقار فانه ينص على ذلك بسجل الايداع وتسجل الحقوق بنفس المرتبة فان تناق بعضها مع البعض رفض المحافظ التسجيل » .

والفصـــل ٧٧ يقضى بأن : « ترتب الأولوية بين الحقوق المثبتـــة على العقار الواحد تابع لترتيب التسجيلات باستثناء الحالة المقررة بالفقرة الأخيرة من الفصل السابق المتعلقة بالتسجيلات الواقعة بنفس المرتبة » •

وهناك حالات استثنائية تقررت بنصوص خاصة ، يفضـــل فيها بعض أصحاب الحقوق المقيدة على الدائن المرتهن الأسبق فى تاريخ قيد رهنه أهمها :

٣٥٤ – أولا – رهن جميع الشركاء فى الشيوع :

فقد رأينا أن المرتهن من أحد الشركاء قد ينتقل حقه عند القســمة الى عقار آخر يقع فى نصيب الشريك الراهن نتيجة للقسمة ، ورأينا أن هذا الانتقال يتم باجراءات معينة يحفظ بها المرتهن مرتبته الســابقة ، ومع احتفاظه بهذه المرتبة الا أن المرتهن لا ينفذ حقه فى مواجهة شخص آخر ارتهن نفس العقار (الذى انتقل اليه الحق بعد القسمة) من جميع الشركاء المشتاعين ورغم أن هذا الرهن الأخير قد يكون لاحقا فى تاريخ قيده على قيد حق المرتهن من الشريك الا أن رهن جميع الشركاء المتأخر يتقدم عليه طبقا للمادة ١٠٣٩ مدنى مصرى[١] وطبقا للفصـــل ٢/١٧٥ عقابات محفظة الذى يبقى أثر رهن جميع الشركاء قائما كيفما كانت نتيجة القسمة أو البيع بالمزاد العلنى •

٣٥٥ ــ ثانيا : حالة شطب التسجيل ثم الغاء الشطب : قد يحدث أن يشطب تسجيل الرهن بحكم واجب النفاذ ، ثم يلغى هذا الحكم عند الطعن فيه بالنقض وبذلك يعود التسجيل السابق الى الظهور من جديد ، ويعتبر موجودا بأثر رجعى يحفظ للمرتهن مرتبته السابقة • ولكن قــد

---

(١) البدراوى : فقرة ١٠٨ صفحة ١٥٥

يكون هناك مرتهن آخر سجل رهنه فى الفترة ما بين شطب التسجيل ، والغاء الشطب ، فيضار بسبب عودة التسجيل السابق ، لذلك فان عودة التسجيل السابق بمرتبته السابقة يجب ألا يضر بحقوق قد كسبها الغير بحسن نية . ولذلك أيضا يجب تحديد حقوق هؤلاء المرتهنين فى مواجهة بعضهم البعض ، والقاعدة فى هذا الشأن هى أن المرتهن الذى عادت مرتبته بالغاء شطب تسجيل رهنه يكون له أن يحتج بمرتبته قبل من كان يستطيع الاحتجاج فى مواجهتهم بتسجيله الأول قبل الشطب ، ويتأخر فى المرتبة عمن كسب حقا عينيا وسجله فى الفترة بين شطب التسجيل والغاء شطبه . ولتوضيح هذه القاعدة نعطى مثالا :

نفرض أن (ا) كان دائنا بمبلغ ألف ، وسجل رهنه عام ١٩٧١ وأن (ب) أيضا كان دائنا بألف وسجل رهنه عام ١٩٧٣ ، ففى هذه الحالة يكون (ا) سابقا له ومفضلا عليه . فاذا شطب تسجيل رهن الدائن (ا) عام ١٧٩٤ وألغى شطبه وعاد أثره عام ١٩٧٦ ، وفى الفترة ما بين الشطب والغائه أى فى عام ١٩٧٥ سجل دائن جديد (جـ) رهنه ضمانا لمبلغ ألف . فان (جـ) يسبق (ا) ، بينما (ب) يسبق (جـ) اذا بيع العقار فان توزيع ثمنه يختلف بحسب الفروض التالية :

١ ــ اذا بيع العقار بثلاثة آلاف أخذ كل من الثلاثة دينه كاملا .

٢ ــ اذا بيع العقار بألفين وخمسمائة يجرى الآتى : (جـ) يتقدم عليه (ب) دون (ا) فيأخذ مبلغ ألف ، و (ب) يتقدم عليه (ا) دون (جـ) فيأخذ أيضا ألفا ، ويتبقى لـ (ا) خمسمائة فقط .

٣ ــ اذا بيع العقار بألفين فان (جـ) يتقدم عليه (ب) دون (ا) فيأخذ ألفا ، و (ب) يتقدم عليه (ا) دون (جـ) فيأخذ ألفا ، ولا يتبقى لـ (ا) شىء .

٤ ــ اذا بيع العقار بألف وخمسمائة : فان (جـ) يتقدم عليه (ب) دون (ا) فيأخذ خمسمائة • و (ب) يتقدم عليه (ا) دون (جـ) فيأخذ خمسمائة ، ويحصل (ا) على الباقى وقدره الخمسمائة الباقية •

٥ ــ اذا بيع العقار بمبلغ ألف : فان (جـ) يتقدم عليه (ب) دن (ا) فلا يأخذ شيئا ، وكذلك (ب) يتقدم عليه (ا) فلا يأخذ (ب) شيئا ، ويأخذ (ا) الألف كلها •

وبذلك لا تكون فى هذه الحالة أولوية مطلقة لأحد ، بل الأفضلية هنا تكون نسبية[1] •

المطلب الرابع
نزول الدائن عن مرتبته

٣٥٦ ــ تنص المادة ١٠٥٩ مدنى مصرى على أن : « للدائن أن ينزل عن مرتبته رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار • ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول عدا ما كان متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول اذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة » •

وهذا النص لا مقابل له فى القانون المغربى ، ولكن لما كان النزول عن مرتبة الرهن يتم باتفاق بين الأطراف ، فانه طبقا لمبدأ سلطان الارادة لا قيد على حريتهم فى الاتفاق على هذا النزول على أن يتم تسجيل اتفاقهم فى السجل العقارى ، ويمكننا القول أن الفصل ٦٥ من تشريع التحفيظ العقارى اذ يفرض تسجيل كل انشاء لحق عقارى أو نقله الى الغير أو اقراره أو تغييره أو اسقاطه ؛ يعتبر النزول عن مرتبة الرهن جائزا ويمكن تسجيله لأنه صورة من صور تغيير الحق العقارى •

(١) كامل مرسى : فقرة ١٢٠ ــ ص ١٤٣ ــ ص ١٤٤

والنزول عن مرتبة الرهن ، يختلف عن النزول عن حق الرهن فالنزول عن حق الرهن يؤدى الى انقضائه . أما النزول عن مرتبة الرهن فيبقى على الرهن كما هو ، ولكن يتأخر الدائن المرتهن ليعطى درجته فى الأسبقية والأفضلية الى دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار .

وينزل الدائن المرتهن عن مرتبته عادة بمقابل ، فقد يدفع له المدين هذا المقابل حتى يتخلى عن مرتبته الأولى ، لدائن جديد سيمنح المدين ائتمانا فيشترط المدين على المرتهن ذى المرتبة الأولى أن ينزل عن مرتبته هذه للدائن الجديد عندما يقيد هذا الأخير رهنه ، وقد يدفع المقابل دائن مرتهن لنفس العقار له مرتبة متأخرة لقاء أن يتقهقر الدائن ذى المرتبة الأولى عن مرتبته هذه تاركا اياها للدائن المتأخر .

- وللنزول عن المرتبة شروط وآثار ، هى :

٣٥٧ ــ أولا : شروط النزول عن المرتبة : يشترط للنزول شروط هى :

١ ــ أن يكون النزول لصالح دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ويقيس الفقهاء على حكم النزول عن مرتبة الرهن الرسمى الأنواع الأخرى من التأمينات لاتحاد العلة[١] .

٢ ــ أن يكون النزول فى حدود حق المتنازل . فالمتنازل اليه لا يحق له أن يضر بالدائنين المتوسطين بينه وبين المتنازل اذا كان حقه أكبر من حق المتنازل ، أى أنه يظل فى مرتبته المتأخرة بالنسبة الى الجزء الزائد[٢] .

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٥٥ ــ ص ٥١٦ ، البدراوى : فقرة ١١١ ــ ص ١٦١ ، عبد الباقى ٣٦٧ ص ٤٨٢ ، منصور : فقرة ٥٩ ــ ص ١٢٥

(٢) السنهورى : فقرة ٢٥٨ ــ ص ٥١٨

٣ ــ الا يضر النزول ضررا غير مشروع بحق الدائن المتوسط ويقع هذا الاضرار بتواطؤ بين الدائن المتقدم وبين دائن متأخر على الاضرار بالدائن المتوسط لمصلحة المتأخر ولتوضيح ذلك نعطى مثالا :

نفرض أن الدائن الأول بألف له رهن أول على كل من العقارين (أ) و (ب) وقيمة كل منهما ألفا جنيه ، وان الدائن التالى وهو دائن بألف له رهنان فى المرتبة الثانية على كل من العقارين المذكورين ، وان الدائن الثالث وهو دائن أيضا بألف ، له رهن واحد هو الرهن الثالث على العقار (ا) • فهذا الترتيب يؤدى الى أن يحصل الدائنان الأول والثانى على دينيهما بينما لا يحصل الثالث على شىء • فيقع التواطؤ بين الأول والثالث على أن ينزل الأول عن مرتبته للثالث على العقار (ا) فيتقدم الثالث بالنسبة الى هذا العقار ويحصل على الألف بالأولوية على الدائن الثانى ، ويبقى الدائن الأول بالنسبة الى العقار (ب) محتفظا بالصدارة على الدائن الثانى فيحصل على الألف وبذلك لا يحصل الدائن الثانى على شىء من العقارين • لذلك يجوز للدائن الثانى أن يعتبر الدائن الأول متعسفا فى استعمال حقه على العقارين وان يطعن فى تنازله ويطلب الغاءه ، ويعود له حقه فى اقتضاء دينه بدلا من الدائن الثالث[1] •

٤ ــ أن يتم التأشير بالنزول عن المرتبة فى هامش قيد الرهن ، ليكون نافذا فى حق الغير ، الا اذا تم النزول بعد البيع وايداع الثمن[2] • وفى القانون المغربى يجب تسجيل النزول عن المرتبة طبقا للفصل ٦٥ من تشريع التحفيظ العقارى •

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٦٠ ــ صفحة ٥١٩ ــ ٥٢١

(٢) السنهورى : فقرة ٢٦٠ ــ ص ٥٢١ ، مرقس ١٢٥ ــ ص ١٦٧

٣٥٨ – ثانيا : آثار النزول : هذه الآثار هى :

١ – يحتل كل من المتنازل والمتنازل اليه مرتبة الآخر . فاذا كان المتنازل يحتل المرتبة الأولى والمتنازل اليه المرتبة الرابعة ، يصبح المتنازل فى المرتبة الرابعة والمتنازل إليه فى المرتبة الأولى .

٢ – يجوز للدائنين التالين للمتنازل فى المرتبة التمسك فى مواجهة المتنازل اليه بكل الدفوع التى كان يجوز لهم التمسك بها ضد المتنازل سواء كانت متعلقة بالقيد أو بالرهن أو بالدين من حيث بطلانه وانقضائه، غير ان انقضاء الدين اذا كان لاحقا على التنازل لا يجوز التمسك به قبل المتنازل اليه .

٣ – اذا كان النزول باطلا لأى سبب متعلق بالشكل أو بالموضوع فلا يجوز أن يترتب على ذلك استبعاد الدينين من التوزيع ، بل يعتبر النزول كأن لم يكن ، ويحسب كل من الدينين وفق ترتيبه الأصلى[١] .

---

(١) السنهورى : ص ٥٢١ هامش رقم ١ ، مرقس : ص ١٩٧ هامش رقم ٢ لبيب شنب : فقرة ٨٩ – ص ١٠٣ – ١٠٦

المبحث الثاني

حق التتبع

٣٥٩ ـ حق التتبع هو الميزة الثانية بعد حق التقدم ، والميزتان مترتبتان على قيد أو تسجيل الرهن كما تقدم وبمقتضى حق التتبع يستطيع الدائن المرتهن أن يتعقب العقار المرهون تحت يد الغير الحائز للعقار وينفذ عليه وبمقتضى دينه من ثمن بيع العقار مالم يختر الحائز أحد الخيارات الأخرى التي قررها له القانون .

فدراسة حق التتبع تقتضي منا بيان ما يأتي :

١ ـ شروط مباشرة حق التتبع .

٢ ـ كيفية مباشرة حق التتبع .

٣ ـ سلطات الحائز على العقار .

٤ ـ حقوق الحائز وخياراته .

وسنخصص لكل من هذه الموضوعات مطلبا خاصا فيما يلي :

المطلب الأول

شروط مباشرة حق التتبع

٣٦٠ ـ نصت المادة ١٠٦٠ مدني مصري على انه :

« ١ ـ يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، الا اذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه .

٢ ـ ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » .

وفى القانون المغربى ينص الفصل ١٨٥ من تشريع العقارات المحفظة على ما يلى : « بما أن الدائنين الذين لهم رهن مسجل على عقار يتبعونه فى أية أياد انتقل اليها ليرتبوا ويستوفوا ديونهم حسب ترتيب تسجيلهم . فان الغير الحائز يبقى ملزما بمجرد مفعول التسجيلات بجميع الديون الرهنية غير انه يستفيد من المواعيد والآجال المخولة للمدين الأصلى » .

وينص الفصل ١٨٦ من نفس التشريع على الآتى : « غير انه اذا لم يرد الغير الحائز أداء الفوائد واصل الديون الواجبة الأداء مهما كان مبلغها فيمكنه أن يتخلى بدون تحفظ عن العقار المرتهن » .

وينص الفصل ١٨٩ على : « ان التخلى بسبب رهن يمكن أن يقوم به كل شخص ثالث حائز غير ملتزم شخصيا بالدين متوفر على أهلية التفويت » .

وطبقا لهذه النصوص هناك شروط يجب توافرها فى كل من الدائن الذى يباشر حق التتبع والحائز الذى يتم التنفيذ على العقار تحت يده :

٣٦١ ـ اولا : شروط الدائن الذى يتتبع العقار :

يجب أن يتوافر شرطان لكى يستطيع الدائن أن يتتبع العقار الأول أن يكون أجل دينه حالا . والثانى أن يكون رهنه مقيدا قبل اكتساب الحائز حقه على العقار .

الشرط الأول : حلول أجل الدين : فقبل حلول الأجل ليس للمرتهن أن ينفذ على العقار سواء تحت يد الراهن أو تحت يد الحائز • ويستطيع الحائز أن يتمسك بالأجل ولو كان أجلا قضائيا منحه القاضى للمدين • كذلك يستطيع المرتهن أن يتتبع العقار تحت يد الحائز عندما يحل أجل الدين أو يسقط ، فاذا نزل المدين عن الأجل أو أشهر افلاسه أو اعساره أو أضعف التأمينات فأدى ذلك إلى سقوط الأجل كان للدائن أن يبدأ التنفيذ على العقار فى مواجهة الحائز[١] ، وليس للحائز أن يلزم الدائن بتجريد المدين أولا ثم الرجوع عليه ، فالحائز يختلف فى هذا عن الكفيل العينى الذى يشترط لنفسه جواز الدفع بالتجريد ، ويختلف كذلك عن الكفيل الشخصى غير المتضامن[٢] • ولكن اذا كان للمرتهن رهن على عقارات أخرى مملوكة للمدين ، فان القانون المغربى يسمح للحائز فى (الفصل ١٨٨ عقارات محفظة) بأن يعترض على بيع العقار الذى يحوزه ويطلب تجريد المدين أولا ، ويشترط أن يكون الحائز هنا غير ملزم شخصيا بالدين •

الشرط الثانى : أن يكون الرهن مقيدا قبل اكتساب الحائز حقه على العقار : أى قبل تسجيل سند الحائز • ولكن لا يشترط أن يكون المرتهن فى المرتبة الأولى بين أصحاب التأمينات العينية ، بل يجوز أن تكون مرتبته متأخرة فيتتبع العقار ولو لم يكن من المنتظر أن يحصل على شىء من ثمنه[٣] •

---

(١) كامل مرسى : فقرة ١٣٢ — ص ١٥١ — ١٥٢ ، البدراوى : فقرة ١١٥ — ص ١٦٤

(٢) البدراوى : فقرة ١١٥ — ص ١٦٤

(٣) البدراوى : فقرة ١١٥ — ص ١٦٤ — ١٦٥ ، لبيب شنب : فقرة ٧٠ — ص ٨٦

٣٦٢ ـ ثانيا ـ شروط الحائز :

تعرف المادة ١٠٥٠ مدنى مصرى الحائز بأنه : « كل من انتقلت اليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » . ويعرفه الفصل ١٨٩ عقارات محفظة مغربى بأنه : « كل شخص ثالث حائز غير ملتزم شخصيا بالدين متوفر على أهلية التفويت» .

ومن هذا التعريف يبين أن الشروط المتطلبة لكى يعتبر الشخص حائزا هى :

١ ـ أن يكون قد اكتسب ملكية العقار أو حقا عينيا على العقار قابلا للرهن .

٢ ـ أن يكون قد اكتسب هذا الحق بعد التسجيل أو قيد الرهن وقبل الشروع فى التنفيذ على العقار بتبليغ الحجز الى المنفذ عليه أو بتسجيل تنبيه نزع الملكية .

٣ ـ أن يسجل سنده .

٤ ـ الا يكون مسئولا عن الدين .

٥ ـ الا يترتب على اكتسابه الحق لاسقاط حق التتبع .

وفيما يلى بيان هذه الشروط :

الشرط الأول : اكتساب الملكية أو حق عينى قابل للرهن : فاذا اكتسب شخص ملكية العقار بعوض أو بغير عوض ، التزم المرتهن بأن يتخذ اجراءات التنفيذ فى مواجهته . كذلك اذا اكتسب هذا الشخص حقا عينيا قابلا للرهن أى قابلا للبيع بالمزاد العلنى استقلاله عن العقار وجب توجيه الاجراءات اليه . والحقوق التى تقبل البيع بالمزاد هى حق الملكية

وملكية الرقبة وحق الانتفاع . أما تلك التى لا تقبل البيع بالمزاد استقلالا، فهى حقوق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكنى ، وكذلك الحقوق العينية التبعية وهى الرهن الرسمى والحيازى وحق الامتياز . كذلك لا يعتبر المستأجر أو واضع اليد على العقار حائزا ، ففى هذه الحالات لا تتخذ الاجراءات فى مواجهة هؤلاء وانما يتخذها المرتهن فى مواجهة الراهن[١] .

الشرط الثانى : اكتساب الحق بعد قيد أو تسجيل الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو ابلاغ المدين المنفذ عليه بالحجز العقارى أما اذا كان اكتساب الحق يرجع الى وقت سابق على قيد الرهن فليس للمرتهن حق تتبع فى مواجهة صاحب هذا الحق ، بل ان لصاحب هذا الحق أن يحتج بحقه على الكافة ومنهم المرتهن . واذا كان اكتساب الحق تاليا لتاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية على القانون المصرى أو لتاريخ تبليغ الحجز على القانون المغربى ، فلا يتخذ المرتهن الاجراءات فى مواجهة صاحب الحق وانما توجه الى الراهن[٢] .

الشرط الثالث : تسجيل سند الحائز : والحائز يسجل سنده اذا كان تصرفا قانونا . أما اذا كان قد اكتسب الحق بالتقادم فان التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل ، ومع ذلك فان المرتهن فى القانون المصرى يباشر حق التتبع فى مواجهة المتملك بالتقادم اذا كان قد اكتسب الملكية بعد قيد الرهن وقبل تسجيل التنبيه[٣] . أما فى القانون المغربى

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٦٢ — ص ٥٣٢ ، كامل مرسى : فقرة ١٣٥— ص ١٥٣ — ١٥٤ ، البدراوى : فقرة ١١٧ — ص ١٦٥ — ١٦٧

(٢) السنهورى : فقرة ٢٦٢ — ص ٥٢٣ ، البدراوى : فقرة ١١٨ — ص ١٦٧ — ١٦٨

(٣) السنهورى : فقرة ٢٦٢ — ص ٥٢٣ و ٥٢٤ ، البدراوى : فقرة ١١٩ ص ١٦٨ و ١٦٩

فان من يدعى التملك بالتقادم لا يلتفت الى ادعائه ، وتباشر الاجراءات في مواجهة من كان العقار محفظا باسمه فى المحافظة العقارية •

الشرط الرابع : ألا يكون مسئولا شخصيا عن الدين : فاذا كان من اكتسب الحق مسئولا شخصيا عن الدين المضمون ، كالمدين المتضامن أو غير المتضامن • والكفيل الشخصى ، فلا يعتبر حائزا لأنه مسئول عن الدين فتوجه اليه الاجراءات مباشرة باعتباره المسئول لا باعتباره حائزا ، وبعبارة أخرى لا تكون له الخيارات الخاصة بالحائز والتى تعتبر قيودا على حق المرتهن • ولا يعتبر الكفيل العينى حائزا لأنه مسئول عن الدين فى حدود العقار الذى رهنه وان كان المشرع قد خصه بأحد خيارات الحاز وهو تخلية العقار وكذلك لا يعتبر الوارث حازا لأنه لا يرث العقار الا اذا انحل الرهن طبقا لقاعدة ألا تركة الا بعد سداد الديون[1] •

الشرط الخامس : ألا يترتب على اكتساب الحق اسقاط حق التتبع، فحق التتبع يسقط نتيجة اكتسابه الحق فى حالات هى :

١ ـ نزع الملكية للمنفعة العامة : فينتقل العقار الى الدولة متطهرا من الرهن • ويبقى للمرتهن أن حقه ينتقل الى الثمن •

٢ ـ بيع العقار بيعا جبريا : اذ تنتقل الملكية الى الراسى عليه المزاد مطهرة من الرهن ، ويبقى للمرتهن أيضا انتقال حقه الى الثمن الراسى به المزاد •

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٦٢ ـ ص ٥٢٤ ، كامل مرسى ، فقرة ١٣٥ ـ ص ١٥٥

٣ ــ الأراضى المستولى عليها بواسطة الاصلاح الزراعى فى مصر فتتطهر من الرهن وغيره من الحقوق العينية التبعية ، فلا يجوز تتبعها تحت أيدى صغار الزراع الذين توزع الحكومة عليهم هذه الأراضى .

٤ ــ نزع العقار بالتخصيص أو بيع العقار منقولا بحسب المآل فالتصرف فى هذه المنقولات الى مكتسب حسن النية يستطيع الاستفادة من قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، يؤدى الى فقدان الدائن المرتهن حق التتبع ، وان كان يبقى له حقه على الثمن اذا كان التصرف بعوض ولم يؤد العوض فيه الى الراهن[1] .

المطلب الثانى

كيفية مباشرة حق التتبع

٣٦٣ ــ هناك خيارات قررها القانون للحائز ليختار واحدا منها . فاذا لم يختر الحائز أحدها ، استمر المرتهن فى التنفيذ على العقار فى مواجهة الحائز متبعا الاجراءات التالية :

التنبيه على المدين ــ انذار الحائز ــ تسجيل التنبيه والانذار ــ اتخاذ اجراءات البيع ضد الحائز . وفيما يلى بيان ذلك :

أولا : التنبيه على المدين بالوفاء فى القانون المصرى . أو توجيه أمر رسمى الى المدين بالوفاء فى القانون المغربى ومن شأن هذا التنبيه أو الأمر الرسمى أن يمكن المدين من تقديم ما لديه من دفوع توقف التنفيذ على العقار[2] .

---

(١) السنهورى . فقرة ٢٦٢ ــ ص ٥٢٤ . البدراوى فقرة ١٢١ ــ ص ١٧١ . ١٧٢ .

(٢) السنهورى فقرة ٢٦٣ ص ٥٢٥ . البدراوى فقرة ١٢٣ ص ١٧٤

ثانيا : انذار الحائز بالدفع أو التخلية : يجب على المرتهن انذار الحائز انذارا رسميا بدفع الدين أو بتخلية العقار وألا يجرى التنفيـذ فى مواجهته ٠

ثالثا : تسجيل التنبيه والانذار : يتعين على الحائز أن يقوم بتسجيل الأمر الرسمى أو التنبيه الموجه الى المدين والانذار الموجه الى الحائز سـواء فى القـانون المصرى أو فى القـانون المغربى ٠ ووجه ذلك أن الفصل ٦٥ من تشريع التحفيظ العقارى يوجب تسـجيل جميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقارى ٠

رابعا : اتخاذ اجراءات البيع ضـد الحائز . متى تمت الاجراءات المتقدمة ولم يقم الحاز بقضـاء الدين أو تخلية العقـار يتحمل الحائز اجراءات التنفيذ التى يقوم بها المرتهن طبقا لقواعد قانون المرافعات ٠

المطلب الثالث

سلطات الحائز على العقار

٣٦٤ ــ للحائز ــ كما للراهن ــ السـلطات التى يخوله اياها حقه ٠ فاذا كان مالكا كان له استعمال العقار واستغلاله والتصرف فيه ، على انه أيضا كالراهن يتقيد بعدم الاضرار بحق المرتهن وبعدم الانتقاص من ضمانه ٠

واذا كانت حقوق الراهن فى الثمار تنتهى عند تسـجيل تنبيه نزع الملكية أو التبليغ بالحجز العقارى حيث تلحق الثمار بالعقار ، فان الحائز يختلف حكمه عن ذلك ، فالثمار ينتهى حقه فيها من تاريخ اعلان الانذار اليه ، بالدفع أو التخلية وتسرى عليه الأحكام الخاصة بقبض الأجرة مقدما وحوالتها ٠ وقد نص على ذلك الفصل ١٩٤ من تشريع العقارات المحفظة

بقوله : « لا يكون الغير الحائز مدينا بالثمار الا ابتداء من اليوم الذى وجه له فيه الانذار الرسمى بالأداء أو التخلى واذا وقع التراخى مدة ستة أشهر فى متابعة اجراءات البيع التى سبق أن بوشرت فمن اليوم الذى يوجه فيه انذار رسمى جديد للغير الحائز » .

أما سلطته فى التصرف فهى تتقيد من تاريخ تسجيل التبليغ بالحجز العقارى (أو تسجيل تنبيه نزع الملكية على القانون المصرى) ولو لم يكن قد أعلن بانذار الدفع أو التخلية . فكل تصرف يجريه بعد هذا التاريخ يستطيع المرتهن أن يتجاهله وان ينفذ على العقار كما لو لم يكن موجودا . ومن حقوق الحائز كذلك ما نص عليه الفصل ١٩٠ من تشريع العقارات المحفظة : « لا يحول التخلى دون حق الغير الحائز حتى رسو المزايدة فى استرداد الملك بأدائه الدين كله والمصاريف » .

المطلب الرابع
حقوق الحائز وخياراته

٣٦٥ – يستطيع الحائز عند انذاره بالدفع أو التخلية أن يتمسك بأى دفع متعلق بالرهن ذاته ضد المرتهن . فيمكنه أن يطعن فى صحة الرهن أو نفاذه ، فيتمسك ببطلان العقد . ويتمسك بمثل هذه الدفوع باسمه شخصيا لأن الرهن عندئذ لا يحتج عليه به . واذا نجح فى اثبات أحد هذه الأوجه امتنع على الدائن مباشرة حق التتبع[1] .

كذلك يستطيع الحائز أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالدين المضمون حتى ولو كان قد صدر حكم ضد المدين بالدين ، ولكن بحيث لا يمس ذلك بحجية ذلك الحكم . وعلى ذلك يجب التفرقة بين الفروض التالية :

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٦٤ – ص ٥٢٦ ، البدراوى : فقرة ١٢٩ ص ١٨٢

١ ــ أن يكون الحكم بالدين سابقا على تسجيل سند الحائز : وفى هذه الحالة تمتنع عليه مناقشة هذا الحكم لعدم المساس بحجيته • ومع ذلك يجوز له التمسك بالدفوع التى يجوز للمدين التمسك بها بعد الحكم وهى دفوع لا تمس حجية الأمر المقتضى به للحكم ، كالدفع بانقضاء الدين بالتقادم بعد الحكم أو الدفع بالمقاصة •

٢ ــ اذا كان الحائز قد اختصم فى الدعوى المقامة على المدين فيعتبر الحكم الصادر فيها حجة عليه •

٣ ــ اذا كان الحكم الصادر بالدين لاحقا على تسجيل سند الحائز ولم يكن الحائز طرفا فى الدعوى ، جاز للحائز أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها والدفوع التى يبقى للمدين بعد الحكم التمسك بها[1] •

أما اذا لم يجد الحائز شيئا يتمسك به من هذه الدفوع ، فان عليه أن يحدد موقفه من المرتهن • فأما أن يكون الحائز راغبا فى الاحتفاظ بملكية العقار وفى هذه الحالة عليه أن يقضى الديون المضمونة به أو أن يقوم بتطهير العقار • واذا لم يكن راغبا فى الاحتفاظ بملكية العقار فعليه أن يتحمل اجراءات نزع الملكية التى يقوم بها المرتهن ، ويستطيع أن يتفادى ظهور اسمه فى هذه الاجراءات بأن يتخلى عن العقار ، فتباشر الاجراءات ضد حارس أو أمين يعين على العقار •

فالأمور التى يكون للحائز أن يختار بينها فى القانون المصرى أربعة ، هى :

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٦٥ ــ ص ٥٢٦ ــ ٥٢٧ ، السداوى فقرة ١٢٩ ــ ص ١٨٣ ــ ١٨٤

١ ـ قضاء الديون .

٢ ـ تطهير العقار .

٣ ـ تخلية العقار .

٤ ـ تحمل اجراءات نزع الملكية .

ولما كان القانون المغربى لم يذكر تطهير العقار بل استبعده صراحة بنص الفصل ٢١٣ عقارات محفظة : « ليس للغير الحائز حق التطهير » . لذلك فلن تتحدث عن تطهير العقار ، ونكتفى بالخيارات الثلاث الأخرى .

أولا : قضـــاء الديون

٣٦٦ ـ تنص المادة ١٠٦١ مدنى مصرى على انه : « يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ما صرف فى الاجراءات من وقت انذاره ، ويبقى حقه هذا قائما الى يوم رسو المزاد . ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، الا ما كان منها تعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين .

ويقابل هذا النص فى القانون المغربى النصوص التالية :

الفصل ١٩٠ من تشريع العقارات المحفظة وينص على أن : « لا يحول التخلى دون حق الغير الحائز حتى رسو المزايدة فى استرداد الملك بأدائه الدين كله والمصاريف » . والفصل ١٩٦ منه ينص على أن « الغير الحائز الذى أدى الدين الرهنى أو تخلى عن العقار المرتهن أو انتزع هذا الأخير من يده له أن يرجع على المدين الأصلى بما يقتضيه القانون من وسائل ».

وقيام الحائز بقضاء الديون ، يكون حيث يجد له مصلحة فى ذلك كما اذا كانت قيمة الديون تقل كثيرا عن قيمة العقار . وقد لا يكون الحائز دفع ثمن العقار ، فيدفعه للدائن بدلا من دفعه للمدين الراهن .

وبذلك ينقضى دين الثمن المستحق عليه وينقضى الدين المستحق على المدين الراهن للدائن ، وبتطهير العقار من الرهن وقد يقوم الحائز بتطهير العقار تطهيرا فعليا ، وذلك بأن يؤدى الى أسبق الدائنين المرتهنين مرتبة الدين المستحق له ، وبذلك يحل محل هذا الدائن فى حقوقه . فاذا وجد الدائنون المتأخرون فى المرتبة أن قيمة العقار لا تزيد عن قيمة هذا الدين ، فانهم يمتنعون عن بيع العقار لأنهم لن يحصلوا على شىء بعد أن صار الحائز بحلوله سابقا لهم[1] .

وقضاء الديون يكون أحيانا اختياريا للحائز ، ويكون أحيانا أمرا مفروضا عليه وليس له بديل :

٣٦٧ – اولا : قضاء الديون اختيارا :

يكون للحائز أن يقوم بوفاء الدين عند حلول أجله ، اذ لا يستطيع اجبار الدائن على قبول رفاء مبتسر . ولكن لا يلزم لقضاء الدين أن يكون الحائز قد أنذر بالدفع أو التخلية بل يستطيع الحائز من تلقاء نفسه أن يقضى الدين ليتخلص من الرهن ، ولأنه يوفر بذلك تراكم الفوائد ومصاريف الانذار وغيره من الاجراءات . ويبقى للحائز الحق فى قضاء الديون حتى يوم رسو المزاد . ولكن لا شك أن من مصلحته عدم الانتظار الى هذا الوقت توفيرا للنفقات التى أشرنا اليها[2] .

---

(١) البدراوى : فقرة ١٣١ – ص ١٨٤ – ١٨٥

(٢) البدراوى : فقرة ١٣٣ – ص ١٨٨

ومتى اختار الحائز قضاء الديون ، فان عليه أن يفي بأصل الدين أو الديون المضمونة بالرهن اذا كانت آجالها قد حلت • أما اذا لم تحل فانه يحتفظ بهـا الى أن تحل • وبذلك يفيد من الآجال التى يستفيد بها المدين ويفقد مزية كل أجل يسقط بالنسبة الى المدين • وليس له أن يعرض وفاء جزء من الديون • وبالاضافة الى أصل الديون يلتزم بالملحقات المضمونة بالرهن ، فيدفع الفوائد التى يضمنها الرهن سواء بالقيد الأصلى أو بقيود خاصة بها ويدفع مصروفات الرهن والقيد أو التسجيل والتجديد والتنبيه والانذار وما تم من اجراءات بعد الانذار حتى ساعة الوفاء الذى يعرضه • وقد يكتفى الحائز بقضاء أفضل الديون مرتبة ويحل محـل الدائن بهذا الدين طبقا لفكرة التطهير الفعلى(١) •

ويترتب على الوفاء الاختيارى من الحائز أن يكون له حق الرجوع على المدين لأنه وفى عنه دينـه ، والرجوع على المالك السـابق بدعوى الضمان اذا كان سنده يسمح بذلك ، ويكون له أن يحل محل الدائن الموفى له فى حقوقه • ولكى يستطيع الحائز الاحتفاظ بهذه الحقـوق يجب عليه أن يحتفظ بقيد أو تسجيل الرهن الذى حل فيه محل الدائن وذلك الى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز • وفيما يلى طرق رجوع الحـائز على المـدين والمالك السـابق :

١ — رجوعه على المـدين بالدعوى الشخصية : يستطيع الحـائز الرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب على المدين ويكون ذلك عندما لا يكون هناك شىء من ثمن العقار مستحقا على الحائز • أما اذا كان فى ذمته باق من الثمن فانه يرجع على المدين بالفرق فقط • وهو باعتباره دائنا للمدين

---

(١) السنهورى : فقرة ٢٦٦ — ص ٥٣٠ ، البدراوى : فقرة ١٣٤ — ص ١٨٨ — ١٨٩

يستطيع أن يرجع عليه فى كل أمـواله بحق الضمان العـام المقرر لكل دائن[1] .

٢ — رجوعه على المدين بدعوى الحلول : ودعوى الحلول يختلف فى القانون المصرى عنها فى القانون المغربى . ففى القانون المصرى يحمل الحائز محل الموف له فيما له من حق وما لهذا الحق من خصـائص وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينـات وما يرد عليـه من دفوع ، فى حدود ما أداه اليه (المادة ٣٢٩ مدنى) غير أن رجوع الحائز هنا يتميز فى بعض تفاصيله بأحكام خاصة :

فاذا كانت التأمينات مقدمة من غير المدين مثل كفالة شـخصية أو عينية لدين المدين ، فلا يستفيد منها الحائز . هذا بالرغم من أن الوفاء اذا حصل بواسطة الكفيل الشـخصى أو العينى كان له الرجـوع على الحائز .

أما اذا كان التأمين مقدما من المدين نفسه ، فقد يرد هذا التأمين على نفس عقار الحائز أو على عقار غيره لا يزال مملوكا للمـدين . فى هاتين الحالتين يحل الحـائز محـل المرتهن فى حق الرهن . أما اذا كان التأمين واردا على عقار الحائز وعلى عقار آخر انتقل الى حائز آخر . فان المادة ٣٣١ مدنى مصرى تقضى بأنه : « اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين . الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » . وهذه المادة تجعل للحائز الموف حقا فى الرجوع على الحائز للعقار الآخر المرهون ضمانا لنفس الدين ، بجزء

---

(١) البدراوى : فقرة ١٣٦ — صفحة ١٦٠.

من الدين يساوى نسبة قيمة عقاره الى عقار الموفى - فاذا كانت قيمة العقار الثانى المرهون ربع قيمة عقار الحائز الموفى فان الدين يتوزع بينهما بنسبة ١ : ٤ ، أى يطالب الحائز الآخر بخمس الدين الموفى به[١] .

أما فى القانون المغربى فان حلول الحائز محل الدائن المرتهن يمكن أن يكون حلولا اتفاقيا أو حلولا قانونيا . فهو يكون حلولا اتفاقيا طبقا للفصل ٢١٢ من تقنين الالتزامات والعقود « اذا أحل الدائن الغير محله عند قبضه الدين منه فى الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهون الرسمية التى له على المدين . ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة وان يتم فى نفس الوقت الذى يحل فيه الأداء » .

ويكون الحلول قانونيا طبقا للفصل ٢١٤ من تقنين الالتزامات والعقود فى الحالات الآتية :

١ - لفائدة الدائن الذى يفى بدين آخر ولو كان لاحقا فى التاريخ اذا كان هذا الدائن مقدما عليه ، بسبب امتياز أو رهن رسمى أو رهن حيازى لمنقولات سواء كان ذلك الدائن الذى يفى مرتهنا رسميا أو مرتهنا حيازيا أو مجرد دائن عادى .

٢ - لفائدة مكتسب العقار فى حدود ثمن اكتسابه اذا كان الثمن قد استخدم فى الوفاء بديون الدائنين المرتهنين للعقار رهنا رسميا .

٣ - لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه ، كمدين متضامن أو كفيل يفى عن المدين أو كفيل يفى عن غيره من الكفلاء أو وكيل بالعمولة .

---

(١) البدراوى : فقرة ١٣٧ - صفحة ١٩٠ - ١٩٣

٤ ـ لفائدة من له مصلحة فى انقضاء الدين من غير أن يكون ملتزما به شخصيا وعلى سبيل المثال ، لمن قدم الرهن الحيازى لمنقول أو الرهن الرسمى •

وسواء كان الحلول اتفاقيا أو قانونيا ، فان الحائز يحل محل الدائن المرتهن الموفى له فى حقه وما يضمن هذا الحق من تأمينات شخصية أو عينية • فاذا كان هناك كفلاء للدين كان للحائز الموفى أن يرجع عليهم • (وقد رأينا انه فى القانون المصرى لا يكون له رجوع عليهم) • وقد نص على هذا الرجوع الفصل ٢١٥ من تقنين الالتزامات والعقود بقوله : « الحلول المقرر فى الفصول السابقة يقع ضد الكفلاء وضد المدين على السواء • والدائن الذى يستوفى جزءا من دينه يشترك مع الغير الذى وفاه له فى مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته فى الدين » •

٣ ـ رجوع الحائز على المالك السابق بدعوى الضمان اذا كان سنده يخوله ذلك : فاذا كان سند الحائز عقد بيع استطاع أن يرجع على المالك السابق سواء كان المدين أم شخصا آخر ، طبقا لأحكام الضمان فى عقد البيع[1] • أما اذا كان الحائز تلقى الملكية بهبة بغير عوض أو وصية فلا يرجع على الواهب أو الموصى[2] •

٣٦٨ ـ ثانيا : قضاء الديون جبرا :

هناك حالتان فى القانون المصرى يتعين فيهما على الحائز قضاء الديون بينهما المادة ١٠٦٣ مدنى بقولها :

---

(١) البدراوى : فقرة ١٣٨ ـ ص ١٩٣ ـ ١٩٤ • السنهورى : فقرة ٣٧٢ ص ٥٣٢

(٢) السنهورى : فقرة ٢٧٢ ـ ص ٥٣٣

« ١ — اذا كان فى ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى بوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل » .

« ٢ — فاذا كان الدين فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين أو مغايرا لها ، جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ويكون الدفع طبقا للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الأجل المتفق على الدفع فيه » .

« ٣ — وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن اذا هو وفى لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود » . فالحالتان اللتان تعالجهما هذه المادة هما :

١ — حالة وجود مبلغ فى ذمة الحائز يستحق حالا بمقتضى سند تملكه ويكفى للوفاء بحقوق الدائنين المقيدة على العقار . فيكون للدائنين اجباره على الوفاء بديونهم بدلا من الوفاء للراهن . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون سند ملكية الحائز مسجلا ، وذلك حتى لا تقيد حقوق جديدة قبل تسجيل سنده فتصبح نافذة فى حقه .

٢ — حالة ما اذا كان المستحق على الحائز غير مستحق الأداء حالا أو كان أقل من الديون المستحقة المقيدة على العقار أو مغايرا لجنس هذه الديون . فاذا اتفق الدائنون بالاجماع على أن يدفع الحائز فى ميعاد الاستحقاق المنصوص عليه فى سند ملكيته وبنفس شروطه ، الى هؤلاء الدائنين بحسب ترتيب استحقاقهم ما فى ذمته للراهن ، التزم بأن يؤديه اليهم . وليس له خيار آخر .

وفى هاتين الحالتين ، لا يستطيع الحائز أن يمتنع عن قضاء الديون على هذا النحو ، ولا أن يتمسك بتخلية العقار . وبقضاء الديون بهذه الطريقة يتطهر العقار من المرهون ويكون للحائز أن يطلب محو القيود القائمة كلها ، ولو كان ما دفعه فى الحالة الثانية لا يفى بحقوق الدائنين كاملة .

وفى القانون المغربى ، لا يوجد مثيل للنص المصرى ولكن يستطيع الدائنون المرتهنون أن يصلوا الى نتيجة قريبة مما يقرره ذلك النص عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد الحائز على الثمن المتبقى لديه .

ثانيا : تخلية العقار

٣٦٩ ـ قد لا يرغب الحائز فى أن يظهر اسمه فى اجراءات نزع الملكية حتى لا تضار سمعته أو مكانته . وقد يريد التخلص من الجهود والأعباء التى يتحملها فى أثناء متابعة الاجراءات ، لذلك يجوز له أن يتخلى عن العقار لحارس أو قيم أو أمين تعينه المحكمة وتتخذ الاجراءات فى مواجهته . فالتخلية لا تمنع مباشرة حق التتبع وانما تؤدى الى توجيه الاجراءات الى شخص آخر يعمل كوسيط .

والتخلية حق للحائز دون غيره ، فليس للدين ولا للكفيل الشخصى التخلية . ولكن توز التخلية للكفيل العينى ، واذا كان الحائز قد تعهد فى عقد تمليكه بسداد الديون أو تعهد للدائنين فى اتفاق لاحق بأن يدفع لهم الثمن فلا تجوز له التخلية . كذلك اذا قام بعرض قيمة العقار لتطهيره وقبل الدائنون العرض لهم تجز للحائز التخلية[1] .

(١) البدراوى : فقرة ١٥٩ ـ ص ١٢٨ ـ ٢١٩

والتقرير بتخلية العقار جائز من يوم انذاره حتى وقت رسو المزاد[1] «وللحائز الرجوع فى التخلية بأن يقوم بقضاء الديون[2] .

أما عن كيفية اجراء التخليـــة ، فتتحدث عنها المــادة ١٠٧١ مدنى مصرى بقولها :

« ١ ــ تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى قــلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها » .

« ٢ ــ يجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب الى قاضى الأمور المســتعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك » .

ويحدد الفصـــل ١٩١ من تشريع العقارات المحفظة المغربى كيفية التخلية اذ يقول : « يكون التخلى على يد كتابة الضبط لدى المحكمة الاقليمية الكائن بدائرتها العقار ويقع الاشهار بذلك من طرف المحكمة ويرسل كاتب الضبط تلقائيا نسخة من هذا الاشهار قصد تقييده فى الرسم العقارى » .

---

(١) كامل مرسى : فقرة ١٨٧ ــ ص ٢٥٤ ، عبد الباقى : فقرة ٣٤٢ ص ٤٥٧ ، مرقس : فقرة ١٨١ ــ ص ٢٨٣ ، الوكيل : فقرة ١١٥ ص ٣٦٠ منصور : فقرة ٦٨ ــ ص ١٥٢

(٢) البدراوى : فقرة ١٦٠ ــ ص ٢١٩ ، كامل مرسى : فقرة ١٨٩ ص ٢٥٦

ويضف الفصل ١٩٢ من ذلك التشريع بأنه : « يطلب من الدائن الساعى فى البيع أو أول طالب من المعنيين بالأمر ، يعين على العقار المتخلي عنه قيم يباشر ضده بيع العقار وفق الاجراءات الشكلية المقررة فى نزع الملكية » •

ففى القانون المصرى تتم التخلية بتقرير بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن العقار بدائرتها ويؤشر به على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية• ويعلن خلال خمسة أيام من تاريخ التقرير الى الدائن المباشر للاجراءات[1] وبدون هذه الاجراءات تبطل التخلية وتستمر اجراءات التنفيذ• واذا تمت صحيحة امتنع توجيه الاجراءت الى الحائز • ولمن له مصـلحة التعجيل حائزا أو دائنا أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس توجه اليه الاجراءات •

وتكفى أهلية الادارة فى التقرير بالتخلية لأن الحائز ينزل عن الحيازة العارضة دون الملكية[2] •

وفى القانون المغربى تتم التخلية كذلك لدى كتابة الضبط بالمحكمة الاقليمية الكائن بدائرتها العقار ويقيد فى السجل العقارى •

ثالثا : تحمل اجراءات نزع الملكية

٣٧٠ ــ اذا لم يمارس الحائز حقه فىاختيار أحد الحلول السابقة: قضاء الديون أو التخلية ، فلا يبقى الا أن يتحمل هو اجراءات نوع الملكية التى ستباشر ضده ، أعمالا لحق التتبع المقرر للمرتهن •

---

(١) لبيب شنب : فقرة ٨٤ ــ ص ٩٩

(٢) البدراوى : فقرة ١٦٢ ــ ص ٢٢١ ، لبيب شنب : فقرة ٨٣ ــ ص ٩٨ ــ ٩٩

وقد نص على تحمل اجراءات نزع الملكية الفصل ١٨٧ من تشريع العقارات المحفظة بقوله : « اذا لم يوف الغير الحائز بالتزاماته الرهنية ايفاء تاما يحق لكل دائن مرتهن مسجل أن يحصل على بيع الملك المرتهن بدون تحفظ وهو بيد الحائز وذلك وفق الاجراءات الشكلية المقررة فى الحجز العقارى بعد خمسة عشر يوما من الأمر الرسمى الموجه للمدين الأصلى والانذار الرسمى المرسل للغير الحائز لأداء الدين الواجب أداؤه أو التخلى عن العقار » . وعلى ذلك فان تحمل الحائز باجراءات نزع ملكية العقار من يده يقتضى أن يباع العقار فى مزاد علنى وهذا المزاد ينتهى اما برسو المزاد على الحائز أو على غير الحائز . وفى الحالتين تترتب آثار قانونية نجملها فيما يلى ، ونضيف اليها علاقة الحائز بالدائنين بعد رسو المزاد ، ويلاحظ أن اجراءات نزع الملكية لا تختلف بالنسبة للراهن عنها بالنسبة للحائز .

٣٧١ ــ أولا : رسو المزاد على الحائز : اذا رسا المزاد على الحائز فانه طبقا للقانون المرى يعتبر مالكا بسنده الأصلى لا بحكم مرسى المزاد . لذلك لا يسجل الحكم وانما يؤشر به على هامش تسجيل سند الحائز وهامش تسجيل الانذار . واذا فاض من ثمن العقار شىء كان من حق الحائز لا المالك السابق . واذا قل الثمن الراسى به المزاد عن الثمن الذى اشترى به الحائز من البائع يظل ملتزما للبائع بالثمن الأصلى، وتبقى الحقوق التى رتبها الحائز بعد تملكه قائمة ويستطيع المرتهنون منه أن يقضوا ديونهم من باقى الثمن بعد أداء الديون المقيدة قبل تسجيل سند الحائز . وعندما يؤدى الحائز الثمن أو يودعه يتطهر العقار من الحقوق المقيدة قبل تسجيل سنده الا اذا كان أحدهم لم يعلن بالاجراءات المتخذة ، فيبقى له حق تتبع العقار مرة ثانية تحت يد الحائز[1]

---

(١) البدراوى : فقرة ١٦٤ ــ ص ٢٢٣ ــ ٢٢٦

أما قانون التحفيظ العقارى المغربى فهو يمنع أى تسجيل جـديد على العقار أثناء جريان مسطرة نزع الملكية (الفصل ٨٧) وعلى ذلك فان انتهاء المزايدة يرسوها على الحائز المسجل باسمه العقار ، من شأنه أن يثبت الملكية لهذا الحائز فتستمر بنفس تسجيلها السابق ، ولكن لا شك فى أن من حق الحائز أن يطلب تشطيب التسجيلات الخاصة بالرهون التى كانت تثقل العقار وذلك بمقتضى حكم مرسى المزاد ذاته • وقد نص على ذلك الفصل ٩١ من تشريع التحفيظ العقارى بقوله : « ان كل ما ضمن بالسجل العقارى من تسجيل وتقييد احتياطى يمكن أن يشطب عليـه بموجب كل عقد أو حكم اكتســب قوة الشىء المقضى به يثبت انعـدام أو انقضاء الواقع أو الحق الذى يتعلق به ما ذكر من التضمين • وذلك بالنسبة لجميع الأشخاص الذين يعنيهم حق وقع اشهاره للعموم بصــفة قانونية » •

٣٧٢ ـ ثانيا : رسو المزاد على غير الحائز :

تنتقل الملكية من الحائز الى الراسى عليه المزاد ، أى يكون خلفا للحائز لا للمالك السابق ويترتب على ذلك • ان فائض الثمن بعد سداد الديون حق للحائز وفى ذلك تقول المـادة ١٠٧٧ مدنى مصرى : « اذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيـدة حقوقهم كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة » •

كذلك يترتب على انتقال ملكية العقار من الحائز الى الراسى عليه المزاد أن : « يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار اليــه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى » (المـادة ١٠٧٨ مدنى مصرى) • فاذا كان الحائز مرتهنا فى أول الأمر ثم تملك فصار حائزا فانقضى حق الرهن باتحاد الذمة ، فانه يترتب على زوال الملكية أن يعود حق الرهن الى الظهور • وكذلك اذا كان له حق ارتفاق أو حق انتفاع على العقار

يعود الى الظهور ، واذا كان للعقار المنزوعة ملكيته حق ارتفاق على عقار آخر للحائز يعود أيضا هذا الحق الى الظهور من جديد •

وقد نص على ذلك الفصل ١٩٥ من تشريع العقارات المحفظة بقوله: « تنبعث من جديد بعد التخلى الحقوق العينية العقارية التى كان الغير قبل حيازته يتمتع بها على العقار المتخلى عنه أو ملزما بها نحو هـذا الأخير • واذا كان قد شطب على التسـجيل نتيجة اتحاد الذمة فيكون القيام بتسجيل جديد حينئذ لازما لاحياء هـذه الحقوق • وعلى المعنى بالأمر أن يطلبه • وأن الدائنين الشخصيين للغير الحائز يستعملون رهنهم حسب رتبتهم فى العقار المتخلى عنه بعد جميع دائنى المـالكين السالفين المسجلين » •

ويترتب على انتقال الملكية الى الراسى عليه المزاد تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية بأنواعها سواء كان من رتبها هو المـالك السابق أو الحائز • أما الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفـاع فينتقل العقار مثقلا بها طالمـا كانت مسجلة قبل قيد الرهن • ويشترط لتطهير العقار من الحقوق العينية التبعية ما يأتى :

١ ــ أن يكون العقار مملوكا للحائز : فاذا اتضح أن له مالكا آخر لم تباشرة ضده الاجراءات فلا تنتقل الملكية الى الراسى عليه المزاد •

٢ ــ تسجيل حكم مرسى المزاد •

٥ ــ أن يكون أصحاب الحقوق المقيدة التى يرد عليها التطهير قد أعلنوا بالاجراءات •

٤ ــ أن يتم ايداع الثمن كاملا فى خزانة المحكمة[1] • فاذا لم يتم

---

(١) البدراوى : فقرة ١٦٧ ــ ص ٢٣٢ ــ ٢٣٤

ايداعه فان الفصل ٢/٢١١ عقارات محفظة يقضى بأن : « يقم المحافظ تلقائيا رهنا على المبيع ضمانا لأداء ثمن البيع الذى رست به اذا لم يكن هناك ما يثبت أداء الثمن أو ايداعه صحيحا وذلك لفائدة جميع من لهم الحق أيا كانوا » •

٣٧٣ ـ ثالثا : علاقة الحائز بالدائنين المرتهنين بعد رسو المزاد :

يوزع ثمن العقار على المرتهنين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند الحائز بحسب مراتبهم ، فاذا تبقى شىء ، يستوفى المرتهنون من الحائز بعد تسجيل سنده حقوقهم ، فاذا تبقى بعد ذلك شىء كان للحائز •

أما اذا لم يكن ثمن العقار كافيا للوفاء بهذه الديون ، فان الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند الحائز يستطيعون الرجوع عليه مطالبين بالثمار الملحقة بالعقار ، وهى تلحق به من تاريخ انذار الحائز ، ومطالبين بالتعويض عما أصاب العقار من تلف بخطأ الحائز ، فهو « مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه » (المادة ١٠٨١ مدنى مصرى) وقد نص على هذا الحكم كذلك الفصل ١٩٣ من تشريع العقارات المحفظة المغربى بقوله : « ان التعييب الواقع بفعل أو تقصير الغيرالحائز أضرارا بالدائنين المرتهنين تترتب عليه دعوى بالتعويض ضد الحائز المذكور بيد أنه لا يجوز له استرداد ثمن التحسينات والاصلاحات الا بقدر ما تتج عنها من زيادة فى القيمة » •

فلولا خطأ الحائز لبيع العقار بثمن أعلى • ولكنه يستطيع أن ينفى مسئوليته باثبات السبب الأجنبى • واذا حكم بالتعويض يوزع بحسب مراتب الدائنين •

ويستطيع الحائز بحسب القانون المصرى أن يسترد ما أنفقه من مصروفات فى التحسينات التى أدخلها على العقار بالطريقة الآتية : له أن

يسترد كل المصروفات الضرورية وليس له استرداد شيء من المصروفات الكمالية . أما المصروفات النافعة فيسترد منها أقل القيمتين : ما أنفقه أو ما زاد في قيمة العقار بسببها . فاذا رسا المزاد على الحائز كان له أن يخصصها من الثمن ، واذا رسا على غيره كان له أن يحبس العقار حتى يستوفيها ، بل ويكون دينه ممتازا على الثمن الراسي به المزاد ويتقدم على المرتهنين[1] .

أما في القانون المغربي فهو لا يسترد ثمن التحسينات الا بقدر ما نتج عنها من زيادة في قيمة العقار (الفصل ١٩٣) .

وللحائز حق استرداد ما أنفقه من مصاريف بسبب تحمل اجراءات نزع الملكية .

---

(١) البدراوي : فقرة ١٦٩ — ص ٢٣٥ — ٢٣٨

الفصل الرابع

انقضاء الرهن الرسمى

٣٧٤ ــ ينقضى الرهن الرسمى بالتبعية للدين المضمون ، وينقضى استقلالا أى بصفة أصلية بطرق متعددة هى : البيع الجبرى والنزول عن الرهن واتحاد الذمة وهلاك العقار .

المبحث الأول

انقضاء الرهن بالتبعية للدين المرهون

٣٧٥ ــ تنص المادة ١٠٨٢ مدنى مصرى على ما يأتى : « ينقضى حق الرهن بانقضاء الدين المضمون ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته » .

فانقضاء الدين كله يؤدى الى انقضاء الرهن بالتبعية ، شريطة أن يكون انقضاء الدين صحيحا[١] .

فاذا كان حق الرهن قد انقضى بالوفاء بالدين المضمون ، ثم أبطل الوفاء بسبب نقص أهلية الموفى أو لأن الوفاء تم بشىء غير مملوك له ، فان الالتزام يعود الى الوجود ويعود الرهن ليضمن الوفاء به على أن هذا يجب ألا يضر بالغير الذى يكتسب بحسن نية حقا على العقار فيما بين انقضاء الرهن وعودته[٢] ، فاذا كان هذا الغير قد اكتسب ملكية العقار

---

(١) لبيب شنب : فقرة ٩٤ ــ ص ١١١

(٢) البدراوى : فقرة ١٧٥ ــ ص ٢٤٤ ، لبيب شنب : فقرة ٩٤ ــ ص ١١١

بحسن نية خلصت له ملكيته ولا يعود الرهن الى العقار . واذا كان الغير قد اكتسب حق رهن على العقار أيضا بحسن نية كان متقدما فى المرتبة على الدائن الذى زال رهنه ثم عاد [١] .

أما فى القانون المغربى فالرهن ينقضى بالوفاء [٢] بالدين المضمون ويمكن للمدين الراهن أن يتقدم الى المحافظة العقارية بطلب تشطيب الرهن الرسمى مصحوبا بسند التخالص الذى حصل عليه من الدائن . فاذا تحقق المحافظ « من أن الوثائق المدلى بهـا تسمح بالتشطيب وانه لا يوجد معارضه » أمر بالشطب وأرخه ووقع عليه وضمن بذلك الرسم العقارى والا كان الشطب باطلا (الفصلان ٩٤ و ٩٥ من تشريع التحفيظ العقارى) .

---

(١) لبيب شنب : فقرة ٩٤ — ص ١١١

(٢) يلاحظ ان الدين المضمون برهن رسمى او حيازى ولا يلحقه التقادم لأن وجود الرهن يعتبر اقرار مستمرا بوجود الدين يقطع تقادمه باستمرار فلا يتقادم ولهذا نص الفصل ٣٧٧ من تقنين الالتزامات والعقود على انه « لا محل للتقادم اذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازى على المنقول أو برهن رسمى » .

المبحث الثاني

انقضاء الرهن بصفة أصلية

يمكن أن ينقضي الرهن بصفة أصلية بأحد الأسباب التالية :

٣٧٦ – اولا : للبيع الجبري :

البيع الجبرى يترتب عليه انقضاء الحقوق المقيدة سواء تم التنفيذ في مواجهة المدين أو الكفيل العينى أو الحائز أو الحارس أو القيم ولو لم يكف الثمن الراسى به المزاد لسداد كل الدين المضمون بالرهن ، ولكن بشرط أن يكون الراسى عليه المزاد قد أودع الثمن فى خزانة المحكمة أو دفعه الى الدائنين حسب مراتبهم[١] .

٣٧٧ – ثانيا : النزول عن الرهن :

سبق أن فرقنا بينه وبين النزول عن المرتبة . والنزول عن الرهن يكون صريحا أو ضمنيا أو مستفادا من أعمال تقطع فى الدلالة على النزول . وهو يتم بإرادة منفردة من المرتهن ولا يلزم للمرتهن من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه . وتلزم فيه أهلية النزول عن الدين المضمون ولكن اذا كان النزول بعوض تكفى أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر[٢] .

وليس للنزول شكل خاص فيخضع للقواعد العامة فى الاثبات ،

---

(١) لبيب شنب : فقرة ٩٧ – ص ١١٢ – ١١٣

(٢) لبيب شنب : فقرة ٩٨ – ص ١١٤

أما محو القيد أو شطب التسجيل بناء على هذا النزول فلا بد لاتمامه من وجود سند اما من الدائن أو بحكم نهائي[1] .

٣٧٨ – ثالثا : اتحاد الذمة :

وذلك باجتماع صفة المرتهن والمالك للعقار المرهون في شخص واحد ، ولكن اذا كانت هناك رهون أخرى مقيدة على العقار فان من مصلحة المرتهن الاحتفاظ بحقه ليتقدم على غيره ، اذ أن صفته كحائز لا تكفل له ذلك التقدم .

واذا زال الرهن باتحاد الذمة . ثم زال اتحاد الذمة بأثر رجعي عاد الرهن الى الظهور . فاتحاد الذمة لا يعتبر سببا من أسباب انقضاء الرهن ، وانما هو مانع من موانع استعمال السلطات التي يخولها الرهن[2] .

٣٧٩ – رابعا : هلاك العقار أو زوال الحق المرهون :

اذا كان البناء مرهونا دون الأرض ثم هلك البناء ، انقضى الرهن ، أما اذا كان البناء مرهونا مع الأرض ثم هلك بقي الرهن على الأرض وحدها وتبقى ضامنة لكل الدين . وكذلك اذا رهن المنتفع حقه ثم انقضى حقه زال الرهن واذا رهن المستأجر المنشآت التي أقامها بترخيص من المالك ثم انتهت مدة الاجارة وآلت الى المالك بالالتصاق انقضى الرهن . وهلاك العقار قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا كحالة نزع ملكيته للمنفعة العامة .

---

(١) البدراوي : فقرة ١٧٩ – ص ٢٤٦

(٢) لبيب شنب : فقرة ٩٩ – ص ١١٤



الباب الثانى

الرهن الرسمى الاجبارى

٣٨٠ ــ الرهن الاجبارى نوع من الرهن الرسمى يحصل عليه الدائن بواسطة حكم قضائى وبدون رضى المدين وذلك فى حالات معينة حددها الفصل ١٦٣ من تشريع العقارات المحفظة . ونقسم هذا الباب الى فصلين .

الفصل الأول : فى حالات الرهن الرسمى الاجبارى .

الفصل الثانى : فى أحكام الرهن الرسمى الاجبارى .



الفصل الأول

حالات الرهن الرسمى الاجبارى

٣٨١ ــ قرر المشرع حق الدائن فى الحصــول على رهن رسمى اجبارى على عقارات المدين فى احدى عشرة حالة هى :

٣٨٢ ــ أولا : الرهن لصالح القصر والمحجوز عليهم على عقارات أوصيائهم (الفصل ١٦٣/أولا) • ويحــدد الرهن الاجبارى بقرار من مجلس العائلة أو كل سلطة تقوم مقامه ، وذلك بطلب من الوصى أو نائبه أو من الأقارب أو الأصــهار ، أو من دائنى القاصرين أو المحجوز عليهم أو بطلب من وكيل الدولة (الفصل ١٦٤) • ويحدد فى هذا القرار المبالغ المضمونة وهى التى يديرها الوصى لحساب القاصر ، كما يحدد الأملاك المرتهنة ، ويراعى بطبيعة الحال أن تكون متناسبة مع قيمة أموال القاصر •

واذا كان من المحقق أن الضمانات المعطاة للقــاصرين والمحجوز عليهم غير كافية يمكن مضاعفتها بقرار مجلس العائلة أو كل ســلطة تقوم مقامه وذلك بطلب من نفس الأشــخاص الســابق ذكرهم • وبالعكس اذا تحقق أن فيهــا زيادة فيمكن تخفيضــها بطلب من الوصى وبنفس الاجراءات الشكلية (الفصل ١٦٥) •

وقد يوافق الوصى على قرار مجلس العائلة أو السلطة التى تقوم مقامه ، فينشــأ حق الرهن الرسمى هنا بالاتفاق ، ولكن بعد تســجيله كما سيأتى • أما اذا رفض الوصى القرار ، فيجب عرضــه على المحكمة

للمصـادقة عليه ، فاذا صـادقت عليـه ينشـأ حق الرهن من الحكم (الفصل ١٦٦) [١] مع شرط التسجيل أيضا •

ويمكن اعفاء الوصى من الرهن اذا قدم رهنا حيازيا منقولا أوكفيلا بشرط أن تقبل المحكمة هـذا البدل وأن تكون شروط تقـديم الرهن الحيازى محددة بحكم تصدره المحكمة فى غرفة المشورة بعد الاستماع الى النيابة العامة (الفصل ١٦٩) •

٣٨٣ ـ ثانيا ـ الرهن لصالح الزوجة على عقارات زوجها وذلك ضمانا لما أتت به فى مهرها • وضمانا لحقوقها الناشئة عن النظام المـالى للزوجية (بالنسـبة لغير المسلمة) وضـمانا للتعويض عن الالتزامات المطالب بهـا الزوج ولاسـتبدال ما فوته من أملاكهـا بأملاك أخرى (الفصل ١٦٣/ثانيا) •

ويحـدد الرهن الاجبارى المخول للمرأة المتزوجة بنسـبة المبالغ المضمونة ، والعقارات المرهونة ، ويكون ذلك اما بنص صريح فى العقـد المحدد للنظام المـالى للزوجية (فى حالة غير المسلمة) واما بعد تحريره ، أما اذا لم يكن هناك عقد أو وجد وخلا من نص الرهن فيمكن تقـرير هذا الرهن بحكم تصدره المحكمة فى غرفة المشورة بناء على طلب المرأة أو أقاربها أو أصهارها أو دائنها أو وكيل الدولة[٢] (الفصل ١٦٧) •

وكما فى حالة القاصر يمكن زيادة العقارات الضـامنة أو أنفسها لتتناسب مع الديون المضمونة (الفصـل ١٦٨) ، ويمكن اعفاء الزوج

---

(١) ديكرو : فقرة ٦٤٧ ـ ص ٣٩٨

(٢) الكزبرى : ص ٢٤٣

من الرهن اذا قــدم رهنا جيازيا تحــدد شروطه المحكمة أو قدم كفيلا (الفصل ١٦٩) .

ومتى تقرر الرهن للزوجة وتم تســجيله فانه لا يمكن النزول عنه أو حوالته الى الغير الا بعقد رسمى يثبت الحوالة أوالنزول (الفصل١٧٤).

٣٨٤ ــ ثالثا : الرهن لصالح البائع والمعارض (المقايض) وللشركاء فى القسمة : وينصب الرهن على العقار المبيع أو المقايض به أو المقتســم عند عدم النص على رهن اتفاقى . ويضمن هــذا الرهن أداء الثمن فى حالة البيع ، أو أداء الفرق فى حالة المقايضة وحالة القســمة (الفصــل ١٦٣/ثالثا) .

ويجوز للبائع أو للمعارض أو للمتقاسم أن يشترط فى العقد أن يكون له رهن على الأملاك المبيعة أو المعارض فيها أو المقتسمة ، وذلك ضمانا لأداء الثمن أو الفرق . وعند عدم اشــتراط رهن اتفاقى يجوز للبائع والمعارض والمتقاسم أن يخولوا بنــاء على حكم من المحكمة رهنا اجباريا على الأملاك المذكورة . ويمكن الاحتفاظ بالدعوى بفسخ العقد لصالح البائع أو المعارض أو المتقاسم فاذا لم يشترط ذلك فى العقد يمكن أن يحصل على حكم يحتفظ له بهذه الدعوى ويقوم بتسجيله فى المحافظة العقارية (الفصل ١٧٠) .

٣٨٥ ــ رابعا : الرهن لصــالح الدائنين والموصى لهم فى تركة : ويتقرر الرهن هنا ضــمانا للفصــل بين أموال المتوفى وأموال ورثتــه (الفصل ١٦٣/رابعا) .

ويجوز للدائنين والموصى لهم أن يحتفظوا بحقهم فى ابقاء التركة مفصولة عن ذمة الوارث بتسجيل اجبارى ينجز داخل ثلاثة أشــهر من افتتاح التركة . وعند عدم القيام بالتسجيل فى الأجل المذكور فان ذلك

الحق يبقى عديم الأثر فيما يرجع للعقــارات • وينجز التسجيل بموجب حكم يصدر بغرفة المشورة بطلب من المعنيين بالأمر وبعد الاســتماع الى النيابة العامة • ولا تكون له رتبة الا من يوم تقييده بالسجلات العقارية• ويستفيد دائنو المتوفى والموصى لهم دون سواهم من الرهن الذى قاموا بتسجيله ، ولكن دون مساس بأسباب الافضلية أو الاولوية التى قد توجد بينهم من قبل • ويمكن التمسك بهذا الرهن فى مواجهة الدائنين والموصى لهم الغير المسجلين وكذلك فى مواجهة دائنى الوارث (الفصل ١٧١) •

على أن هذا الرهــن ضئيل الفائدة بالنسبة للمسلمين لأن الوارث لايتلقى التركة الا بعد ســداد الديون ، فلا خطر من هذه الناحية على الدائنين وانما تبدو وأهمية مثل هذا الرهن فى القانون الفرنسى[١] •

٣٨٦ ــ خامسا : الرهن لصالح المهندسين المعماريين والمقــاولين القائمين بتشييد أو باعادة بنايات أو اصلاحها أو غيرها من المنشآت التى يقدمون من أجلها المواد والعمل أو العمل وحده وذلك لضمان ديونهم تجاه المالك عند عدم التنصيص على رهن اتفاقى لضمان تلك الديون (الفصل ١٦٣/خامسا ــ ظهير ٢ جمادى الثانية ١٣٧٤ موافق ١٣ فبراير ١٩٥٧) وينصب الرهن فى هذه الحالة على العقار الذى شيده المهندس أو المقاول • فلا يمتد الى عقارات المالك الأخرى •

٣٨٧ ــ سادسا : الرهن لصالح صندوق الضمان المؤسس بالتشريع الخاص بحوادث الشغل على أملاك المشغلين المدينين من أجل أداء المبالغ المستحقة للصندوق (الفصل ١٦٣/سادسا ظهير ١٦ جمادى الأولى ١٣٧٩ موافق ١٧ نوفمبر ١٩٥٩) •

---

(١) ديكرو : فقرة ٦٤٩ ــ ص ٣٩٩

٣٨٨ ــ سابعا : الرهن لصالح نقابة الملاكين الشركاء فى الملكية بالطبقة على الأنصبة المفروزة والشائعة التى لكل مالك شريك من أجل أداء نصيبه فى المصاريف السنوية أو النقابات أو المصاريف الاستثنائية (الفصل ١٦٣/سابعا) ؛ ويمنح الرهن بأمر من رئيس المحكمة ، وله عند الاستعجال أن يأمر بقيد مؤقت [١] .

٣٨٩ ــ ثامنا : الرهن لصالح الدولة أوالجماعات المعنية بالأمر على أملاك الملاكين المجاورين للطرق العمومية المستفيدين بزيادة القيمة بسبب اعلان أو انجاز أشغال أو اعمال عمومية من أجل أداء التعويض عن الزيادة فى القيمة (الفصل ١٦٣/ثامنا وظهير ١٣ ابريل ١٩٥١ المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة) .

ويقضى هذا الظهير فى المادة ٤٠ ومابعدها بأنه اذا أدى الاعلان عن أشغال عامة أوتنفيذها الى زيادة فىقيمة العقارات المجاورة للطريق تربوعلى العشرين فى المائة . فان أصحاب العقارات المستفيدين بهذه الزيادة يلتزمون.بالتضامن بأداء نصف قيمة الزيادة بحث لا يقل الاثراء الباقى لمالك العقارات عن ٢٠٪ . ويسقط هذا التعويض عن الزيادة فى القيمة على عشر سنوات على الأكثر ، ويجب انشاء رهن على العقارات اما بمقتضى الاتفاق الودى على تقدير التعويض ، أو بمقتضى الحكم القضائى الذى قدر التعويض وقرر تقسيطه[٢] ، وفى حالة الاتفاق يكون الرهن رسميا اتفاقيا ، وفى حالة الحكم يكون رهنا رسميا اجباريا .

---

(١) ظهير ١٦ نوفمبر ١٩٤٦ معدل بظهير ١٠ يناير ١٩٥٥ وظهير ٧ يوليو ١٩٥٦ ــ انظر : ديكرو : فقرة ٦٥٢ ــ ص ٤٠٠ ص ٤٠١

(٢) ديكرو : فقرة ٦٥٨ ــ ص ٤٠٣

٣٩٠ ـ تاسعا : الرهن لصالح الدولة أو الجماعات المعنية بالأمر على أملاك المالكين المجاورين للطريـق العمومية من أجل أداء التعويض التفاصيلى الذين هم مدينون به فى الحالة المبنية بالفصل ٥ من ظهير ٧ ذى القعدة ١٣٧١ موافق ٣٠ يوليو ١٩٥٢ المتعلق بالتنسيق الحضرى (الفصل ١٦٣/تاسعا) •

ويقضى ظهير ٣٠ يوليو المشار اليه بالزام أصحاب العقـارات التى تجاور الطريق العام فى المناطق الجـديدة المقسمة ، بأن يسـاهموا فى مصاريف انشاء الطريق ، فى حدود قدر معين من أراضيهم لا يجاوز قيمة مستطل عرضه عشرة أمتار وطوله هو طول واجهة العقـار على الطريق العام وبحيث لا يجاوز ذلك أيضا ربع قيمة قطعة الأرض • أى أن المالك لا يلتزم الا فى حدود أقل هاتين القيمتين • واذا وجد المالك أن الأرض لن تصلح للبناء طبقا للقرارات السـارية ، كان له أن يطلب الى الجهـة الادارية أن تتملك هى الأرض • فيصبح دائنـا لها بقيمتها بعد أن كان مدينا بالمصروفات الخاصة باعداد الطريق • فهـو اما دائن واما مدين بتعويض تفاضلى • فاذا كان مدينا كان عليه أن ينشىء رهنا لصالح الجهة الادارية أو تحصل هى على حكم ضده بالتعويض ، وبانشاء الرهن اذا قسط التعويض[1] •

٣٩١ ـ عاشرا : الرهن لصالح الدولة أو الجماعات المعنية بالأمر على كل أو بعض من الأرض التى وقعت تجزئتها أو شيدت بها جملة من المساكن من أجل أداء ما انفق فى انجاز اشغال التجهيز التى قامت بهـا الادارة مقام المجزىء أو المالك المتخلف (الفصل ١٦٣/عاشرا) •

---

(١) ديكرو : فقرة ٦٥٩ ـ ص ٤٠٣ ـ ص ٤٤ •

٣٩٢ ــ حادى عشر : الرهن لصالح كتلة الدائنين على أملاك المفلس لتأمين الديون المحققة (الفصل ١٦٣/ حادى عشر) •

وهذا الرهن يخول فى الحكم المشهر للافلاس لصالح جماعة الدائنين • ومن الممكن أثناء جريان المسطرة أن يمتد أثر هذا الرهن الى عقارات جديدة ان ظهرت وذلك بحكم صادر من المحكمة بغرفة المشورة• واذا تم صلح بين المفلس ودائنيه ، فان الحكم بالمصادقة يبين هوية الدائنين ومبلغ الديون المكفولة والأملاك المرتهنة • ويترتب على تسجيل هذا الحكم الذى يجب أن يقع بطلب من وكلاء الدائنين أداء الوجيبة النسبية بحسب القيمة طبقا لتعريفه الرسوم (الفصل ١٧١ مكرر) •

الفصل الثاني

احكام الرهن الرسمى الاجبارى

٣٩٣ ـ كما هى القاعدة العامة فى الحقوق العينية ، لابد لنشوء حق الرهن الرسمى الاجبارى من تسجيله فى السجل العقارى ، بناء على طلب ذى المصلحة فى هذا التسجيل • وتتبع فى هذا التسجيل الاجراءات التى ذكرناها فى الباب الثالث من الكتاب الأول •

وتسجل حقوق المرأة المتزوجة بطلب من زوجها ، والا فبطلب منها أو من أقاربها أو أصدقائها (الفصل ٧٩ من تشريع التحفيظ العقارى) •

ويمكن أن يتم اجراء قيد احتياطى أو تسجيل تحفظى للرهن فى حالات الاستعجال وذلك بأمر من رئيس المحكمة المختصة بناء على طلب صاحب الشأن ، ولا يكون لهذا القيد أو التسجيل أثر الا اذا أقره الحكم النهائى كلا أو بعضا • فاذا أقره فانه يبقى فى الحدود التى أقرها الحكم ، ويصبح لهذا القيد أو التسجيل أثر من تاريخ اجرائه لا من تاريخ الحكم (الفصل ١٧٢) •

والرهن الرسمى الاجبارى يشترك مع الرهن الرسمى الاتفاقى فى بعض خصائصه وأحكامه ، فهو حق عينى عقارى ، وهو حق تبعى لأنه يضمن حقا شخصيا فيكون تابعا له فى وجوده وانقضائه ، وفى صحته وبطلانه • وهو حق غير قابل للتجزئة ، فكل جزء من الدين مضمون بالعقار كله ، وكل جزء من العقار ضامن لكل الدين •

٣٩٤ ــ ويرتب الرهن الرسمى الاجبارى على عاتق المدين التزاما بضمان سلامة الرهن ، ولكن المدين لا يلتـزم بانشاء حق الرهن ، لأن الرهن هنا اجبارى أى أنه يتقرر رغم ارادة المدين ، فلا يلتزم هو بانشائه .

ويتقرر فى الرهن الرسمى الاجبارى ما ذكرناه من قبل بخصوص خيارات حائز العقار ، فيكون له اما قضاء الدين أو التخلى عن العقـار أو تحمل اجراءات نزع الملكية ، على التفصيل الذى أسلفناه .

والرهن الرسمى الاجبارى يجب ألا يتقرر على عقار مملوك للمدين ويجوز التعامل فيه وبيعه فى المزاد العلنى ، حتى يمكن التنفيـذ عليـه لاقتضاء الدين . فاذا كان العقار ممنوعا التصرف فيه فلا يجوز رهنه .

والرهن الرسمى الاجبارى لا يقتضى انتقال العقار الى يد الدائن بل يبقى العقار فى يد المدين يمارس عليه سلطاته فى الاستعمال والاستغلال مما لا ينتقص من حق الدائن ، ويبقى له التصرف فى العقار ، ولكن تصرفه يكون مقيدا بحق الرهن فتنتقل الملكية مثقلة به ويكون المتصرف اليه فى موقف الحائز بالنسبة الى الدائن .

وللدائن أن يعترض على كل عمل من الأعمال التى تنقص من ضمانه على العقار . ويكون له فى اقتضاء الدين حق تتبع العقار وحق التقدم على غيره من المرتهنين التالين فى المرتبة ، وعلى الدائنين العاديين .

ولكن الرهن الرسمى الاجبارى يختلف عن الرهن الرسمىالاختيارى فيما يتعلق بالأهلية ، فليست هناك أهلية متطلبة فى المدين ولا فى الدائن ، لأن الرهن هنا لا ينشأ من عقد وانما ينشـأ من حكم قضـائى مقترن بالتسجيل .

وتنطبق على الرهن الرسمى الاجبارى قاعدة تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون ، أو الحد الأقصى الذى ينتهى اليه هذا الدين أو العناصر الكافية لتحديد الدين •

وينقضى الرهن الاجبارى بانقضاء الدين وباتحاد الذمة وبالنزول عنه وتشترط فيه الأهلية • أما اذا هلك العقار فيمكن طلب رهن اجبارى على عقار آخر • وينقضى الرهن بالبيع الجبرى وتنتقل حقوق الدائنين الى الثمن الراسى به البيع •

ويقابل الرهن الرسمى الاجبارى فى القانون المصرى ما يسمى بحق الاختصاص وهو يرد على العقار ويتقرر بأمر من رئيس المحكمة بناء على طلب دائن محكوم له بدينه بحكم واجب النفاذ أى حائز لقوة الأمر المقضى به أو مشمول بالنفاذ المعجل • اذا ألغى الحكم عند الطعن فيه زال الاختصاص القائم عليه • وبمقتضى حق الاختصاص المقيد فى السجل العقارى يكون للدائن حق التتبع وحق التقدم• ولم يسلك المشرع المصرى مسلك المشرع المغربى فى تحديد حالات حق الاختصاص بديون معينة • بل سمح للدائن أيا كان نوع دينه ومصدره بأن يطلب الاختصاص بعقار أو أكثر من عقارات المدين ، والمهم هو أن يحوز الدائن حكما بهذا الدين واجب النفاذ •

الباب الثالث

الرهن الحيازى

٣٩٥ — تفرقت أحكام الرهن الحيازى بين تقنين الالتزامات والعقود وبين التشريع المطلق على العقارات المحفظة ، فتناول الأول الأحكام العامة للرهن الحيازى ، والرهن الحيازى على المنقول . وتناول الثانى الرهن الحيازى على العقار . ولما كان تعريف كل من النوعين وخصائصهما متحدة . لذلك فاننا نقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فى تعريف وخصائص الرهن الحيازى .

الفصل الثانى : الرهن الحيازى على المنقول .

الفصل الثالث : الرهن الحيازى على العقار .



الفصل الأول

تعريف وخصائص الرهن الحيازي

٣٩٦ ــ عرف تقنين الالتزامات والعقود الرهن الحيازي فى الفصل ١١٧٠ منه بأنه : « عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا ، لضمان الالتزام ، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين اذا لم يف له به المدين » .

ويخلص من هذا التعريف أن الرهن الحيازي عقاريا كان أو منقولا يتميز بالخصائص التالية :

٣٩٧ ــ أولا : الرهن الحيازي حق عيني : فهو يخول الدائن سلطة فى استيفاء الدين من ثمن الشيء المرهون . وقد سبق أن انتقدنا الرأي الذي يذهب الى أن الرهون أوصاف فى الالتزام وليست حقوقا عينية .

٣٩٨ ــ ثانيا : الرهن الحيازي حق تبعي فهو يتقرر ضمانا لحق شخصي ويكون تابعا له فى صحته وبطلانه وفى وجوده وانقضائه .

٣٩٩ ــ ثالثا : الرهن الحيازي يرد على الأشياء عقارية ومنقولة ، فاذا ورد على العقار كان حقا عقاريا ، واذا ورد على المنقول كان حقا منقولا .

٤٠٠ ــ رابعا : الرهن الحيازي حق غير قابل للتجزئة : فقاعدة عدم تجزئة الرهن تنطبق هنا . فكل جزء من الدين مضمون بالشيء المرهون ، وكل جزء من الشيء المرهون ضامن للدين . فاذا وفى المدين

بجزء من الدين لا يجوز له أن يطلب تسليمه جزءا من الشيء المرهون يوازى قيمة ما وفاه • ولكن هذه القاعدة ليست متعلقة بالنظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها • ولذلك نجد من المألوف عندما يرهن تاجر بضاعته لأحد البنوك للاقتراض بضمانها أن يتفق مع البنك على أن يكون له حق سحب جزء من البضاعة المرهونة كلما سدد جزءا من مبلغ القرض •

٤٠١ ـ خامسا : الرهن الحيازى حق ينشأ من عقد ملزم للجانبين: وذلك لأن الدائن توجد على عاتقه التزامات كما وأن المدين توجد على عاتقه التزامات كذلك • وهذا خلافا لما رأيناه فى الرهن الرسمى الاتفاقى فهو ينشأ من عقد ملزم لجانب واحد هو المدين ، ولا يلتزم الدائن فيه بشيء •

٤٠٢ ـ سادسا : الرهن الحيازى عقد عينى فى القانون المغربى اذا ورد على منقول فلا ينعقد الا بتسليم الشيء المرهون الى الدائن • فالتسليم ركن من أركانه • وهذا بخلاف الحال فى القانون المصرى فقد أصبح فيه الرهن الحيازى عقدا رضائيا ينعقد بمجرد التراضى ، أما تسليم الشيء المرهون فهو التزام من الالتزامات التى تنشأ عن العقد وليس ركنا فى انعقاد العقد •

أما الرهن الحيازى على العقار فسنرى انه عقد رضائى اذا كان العقار محفظا • وقد يجدر بنا أن نقف وقفة قصيرة تتساءل فيها عما اذا كان الأفضل أن يكون الرهن الحيازى عقدا رضائيا أم عقدا عينيا ؟

يدعونا ذلك الى التعرف على طائفة العقود العينية ، وكيف نشأت وما هو المستقبل المنتظر لها فالعقود العينية عرفت منذ عهد القانون الرومانى • فقد كان هذا القانون لا يعترف الا بالعقد الشكلى ، وكانت الشكلية كافية لانعقاد العقد دون حاجة الى النظر الى وجود الارادة

وسلامتها من العيوب • ثم بدأت تظهر طوائف أخرى من العقود منها : العقود الرضائية ، حيث اعترف بها القانون الرومانى فى نطاق ضيق هـو العقود الأربعة : البيع والايجار والشركة والوكالة • وطائفـة العقـود العينية ، حيث استغنى الرومان فيها عن الشكل واستعاضوا عنه بالتسليم، وهو يعتبر شكلية مخففة ، وكانت العقود العينية تشمل القرض والوديعة والعارية ورهن الحيازة • ففكرة العقد العينى فى نشأتها كانت بديلا لفكرة العقد الشكلى • ولم تلبث الشكلية أن زالت تحت تأثير عوامل مختلفة سياسية واقتصادية وقانونية ودينية • وحلت محلها رضائية العقود التى أصبحت تسمى بمبدأ سلطان الارادة • ولكن المشرع الفرنسى عندما قرر العينية صفة لبعض العقود ، فاته أنها كانت بديلا للشكلية وأن الشكلية قد زالت فلم نعد فى حاجة الى بديلها ، وكان يجب بناء على ذلك أن تكون كل العقود رضائية الا ما استثناه المشرع واشترط فيه شكلا معينا لحماية طرف معين أو لتيسير الاثبـات • فات المشرع الفرنسى ذلك فنص على عقود عينية أربعة هى : الرهن الحيازى والوديعـة وعارية الاسـتعمال والقرض (عارية الاستهلاك) • ونقل عنه القانون المغربى ثلاثا منها هى : الرهن الحيازى على المنقول والوديعة وعارية الاستعمال • أما القـرض فقد جعله المشرع المغربى عقدا رضائيا •

وبناء على ما تقدم فان طائفة العقود العينية لا ينتظر لها الا أن تزول وتحل محلها عقود رضائية • وهذا هو ما فعله المشرع المصرى اذ أنغى هذه الطائفة ولم يبق من العقود العينية الا عقد الهبة فى المنقول اذ اشترط فيه الشكلية أو العينية ، أى أن تتم هبة المنقول بورقة رسمية ، فان لم توجد ورقة رسمية فلا تتم الا بالتسليم • أما هبة العقار فقد اشـترط أن تكون دائما بورقة رسمية •

وفى ظل الوضع الحالى يعتبر الرهن الحيازى على المنقول فى القانون المغربى عقدا عينيا طبقا للفصل ١١٨٨ من تقنين الالتزامات والعقود الذى يقرر أن : يتم الرهن الحيازى :

« أولا : بتراضى طرفيه على انشاء الرهن •

« ثانيا : وزيادة على ذلك بتسليم الشىء المرهون فعليا الى الدائن أو الى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون » •

وما دام تسليم الشىء المرهون ركنا فى الرهن الحيازى فلا يمكن الاستغناء عنه ، ولا يجوز أن يتفق الطرفان على جعل هذا العقد عقدا رضائيا •

أما رهن العقار رهنا حيازيا فهو عقد رضائى ، فالقانون لم يجعل التسليم ركنا فيه ، بل هو التزام مترتب عليه ، وسوف نبين ذلك تفصيلا فى الفصل الثالث من هذا الباب •

الفصل الثاني

الرهن الحيازى على المنقول

٤٠٣ — تتبع في هذا الفصل نفس الطريقة التي عالجنا بها الرهن الرسمي الاتفاقي . فنتناول شروط انشاء الرهن الحيازى ، وآثاره وطرق انقضائه . فنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : شروط انشاء الرهن الحيازى على المنقول .

المبحث الثاني : آثار الرهن الحيازى على المنقول .

المبحث الثالث : انقضاء الرهن الحيازى على المنقول .

المبحث الأول

شروط انشاء الرهن الحيازى على المنقول

٤٠٤ ــ نبين فى هذا المبحث ما يتعلق بطرفى عقد الرهن ، وما يتعلق بالمنقول المرهون وبالدين المضمون ، وما يتعلق بركن التسلم •

المطلب الأول

طرفى عقد الرهن

٤٠٥ ــ الطرفان فى عقد الرهن الحيازى هما الراهن والمرتهن • والمرتهن هو دائما الدائن ، أما الراهن فقد يكون هو المدين وقد يكون كفيلا عينيا ، أى شخصا ليس مدينا يرهن منقولا مملوكا له ضمانا لدين على غيره • وعلى ذلك فان عقد الرهن الحيازى اما أن يكون بين الدائن والمدين اذا كان هو الذى يرهن • واما أن يكون بين الدائن والكفيل العينى اذا كان الراهن شخصا غير المدين• ونعالج هنا وضع كل من هؤلاء الثلاثة :

٤٠٦ ــ أولا ــ الكفيل العينى :

اذا نظرنا الى تحليل رابطة الالتزام الى مديونية ومسئولية كما يفعل الفقه الألمانى ، فاننا نجد أن الكفيل العينى يتعلق به عنصر المسئولية دون عنصر المديونية فهو مسئول عن الدين ولكنه ليس مدينا به • ومسئوليته عن الدين محددة بقيمة المال الذى قدمه رهنا • فاذا لم يف ثمن الشىء بالدين لا يسأل الكفيل العينى عن باقى الدين •

والكفيل العينى يكون فى الغالب متبرعا بكفالتـه • ولذلك فان الأهلية المطلوبة لكى يصح رهنه هى أهلية البالغ الرشـيد • فاذا كان الكفيل العينى صبيا مميزا أو سفيها كان رهنه باطلا بطلانا مطلقا اذ ليست له هنا أهلية أعمال التبرع • ولا يملك الولى ولا الوصى ولا المقدم رهن منقول مملوك للقاصر ضمانا لدين على أحد منهم أو على غيرهم •

ويجب أن يكون رضاء الكفيل العينى بالتعاقد على الرهن صحيحا، وأن يكون محله وسببه مشروعين • وليس فى هذا ما يزيد على ما تمليه القواعد العامة •

٤٠٧ – ثانيا المدين :

اذا كان المدين هو الذى يرهن منقولا مملوكا له فهو يعطى الرهن مقابل الحصول على الدين ، أو على أجل لسداد الدين ، ومن ثم فهو يقوم بعمل من أعمال المعارضة ، ولذلك تكفى فيه أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر • فيجب أن يكون بالغا رشيدا ، واذا أبرم الرهن وهـو صبى مميز ، كان تصرفه قابلا للابطال لمصلحته واذا أبرمه وهو صبى غير مميز أو مجنون كان باطلا • ولا يملك وصيه أو القيم عليه أن يرهن منقولا ذا قيمة مهمة الا باذن من القاضى (الفصل ١٥٨ من المدونة) • ويجب الى جانب ذلك أن تتوافر أركان العقد الأخرى من الرضى والمحل والسبب بشروطها •

٤٠٨ – ثالثا – الدائن المرتهن :

يختلف وضع الدائن المرتهن فى رهن الحيازة عنه فى الرهن الرسمى، فقد رأينا فى الرهن الرسمى أنه لا يلتزم بشىء ، والعقد ينفعه نفعا محضا، فلا تلزم فيه سوى أهلية الاغتناء • أما هنا فى الرهن الحيازى فالدائن يتسلم الشىء المرهون ويلتزم بادارته وبالمحافظة عليه ويرده عند سـداد الدين ، ولذلك يعتبر الرهن الحيازى بالنسبة للدائن من الأعمال الدائرة

بين النفع والضرر ، والأهلية اللازمة فيه هي أهلية البالغ الرشيد ويكون العقد قابلا للابطال لمصلحته اذا أبرمه وهو صبي مميز أو سفيه ، ويكون باطلا بطلانا مطلقا اذا كان صبيا غير مميز أو مجنونا ، وغني عن البيان أنه يجب توافر أركان العقد الأخرى من رضى ومحل وسبب •

وقد نص على شرط الأهلية الفصل ١١٧١ من تقنين الالتزامات والعقود : « لانشاء الرهن الحيازي يلزم توافر أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون » • أما بقية أركان العقد فتخضع للقواعد العامة • ويتم اثبات العقد بالكتابة اذا جاوزت قيمة الشيء المرهون والدين المضمون ٢٠٠ درهم كلا على حدة • أما اذا قلت القيمة عن ذلك فانه يمكن اثباته بكل طرق الاثبات ، الا اذا كان المرهون دينا فيجب أن يكون مثبتا في محرر مكتوب ليمكن رهنه رهنا حيازيا ، أيا كانت قيمته •

المطلب الثاني

المنقول المرهون

٤٠٩ — يجوز رهن المنقول رهنا حيازيا ، ولا يجوز رهنه رهنا رسميا ، كما عرفنا من قبل ، الا استثناء بنصوص قانونية ترد في حالات معينة •

والمنقولات التي يجوز رهنها رهنا حيازيا ، قد تكون منقولات مادية كالأثاث والمجوهرات والسيارات والحيوانات والبضائع • وقد تكون منقولات معنوية كالمحل التجاري والسندات والأسهم وبراءات الاختراع ووثائق التأمين وحقوق المؤلفين •

١٠٤١ ــ ويشترط فى رهن المنقول رهنا حيازيا :

١ ــ أن يكون المنقول موجودا ومملوكا للراهن : فاذا كان المرهون منقولا موجودا وجب أو يكون الراهن مالكا اياه . فاذا لم يكن مالكا ، فليست له ولاية الرهن . وعلى ذلك فاننا نواجه فىحالة عدم ملكية الراهن لما يرهنه نفس الفروض التى سبق أن واجهناها فى باب الرهن الرسمى: فقد يرهن الراهن منقولا مستقبلا فيكون رهنه صحيحا ولكن لا يكون للدائن أن يطلب تسليمه المرهون الا عندما يصبح تسليمه ممكنا . وبناء على ذلك يكون العقد وعدا بالرهن[1] . وقد يرهن الراهن ملك الغير فيكون عقد الرهن موقوفا على اقرار المالك الحقيقى للرهن أو تملك الراهن للشىء ، أو يرهن الراهن منقولا شائعا ، فيصبح رهنه وينفذ فى حدود حصته ويكون رهنا لملك الغير فيما يتعلق بحصص شركائه.وينطبق على الرهن بعد القسمة ما سبق تفصيله من الأحكام فى باب الرهن الرسمى ، أما اذا رهن المدين حصته الشائعة فان حق الرهن لا ينشأ الا بحيازة الشىء . والحصة الشائعة لا تمكن حيازتها . ولذلك يجب أن يحوز الدائن الشىء كله وهذا يقضى موافقة الشركاء فى الملكية الشائعة ولهذا يقول الفصل ١١٨٩ : « الرهن الحيازى الذى يرد على حصة مشاعة فى منقول لا يتم الا بتسلم الشىء كله للدائن . ــ واذا كان الشىء مشتركا بين المدين وبين أشخاص آخرين ، كفى أن يحل الدائن فى الحازة محل الراهن » . ويمكن أيضا أن ينوب أحد الشركاء عن الدائن فى الحيازة وهذا أيسر .

---

(١) رأينا فى الرهن الرسمى أن رهن العقار المستقبل باطل بطلانا مطلقا . وهذا يعتبر من الفوارق الهامة بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى .

وقد يرهن المدين حصة مفرزة وفى هذه الحالة يكون للشركاء الآخرين الاعتراض على هذا التصرف • وعلى أية حال فان مصير الرهن يكون معلقا على ما تسفر عنه القسمة اذا وقعت قبل حلول أجل الدين ، فان استقرت الحصة المفرزة فى ذمة الشريك الراهن انتقل الرهن اليها والا انتقل الى ما يحل محلها طبقا لنظرية الحلول العينى • أما الحصة الشائعة فان القسمة تجعل نطاقها المادى يتحدد كنطاقها المعنوى فيرد عليها الرهن بعد القسمة اذ صارت مفرزة •

وقد نص على هذه الأحكام تقنين الالتزامات والعقود ، فقال فى الفصل ١١٧٣ : « رهن ملك الغير صحيح : أولا : اذا ارتضاه مالك الشىء أو أقره ، وعندما يكون الشىء مثقلا بحق الغير يجب موافقة هذا الغير أيضا » •

ثانيا : اذا اكتسب الراهن فى تاريخ لاحق ملكية المرهون •

« واذا لم يرتض مالك الشىء الرهن الا فى حدود مبلغ معين أو تحت شروط خاصة فان الرهن لا يكون الا فى حدود ذلك المبلغ أو مع مراعاة التحفظات التى صرح بها المالك » •

« ولا يكون للرهن أى أثر اذا رفض مالك الشىء اقراره » •

وقال فى الفصل ١١٧٤ : « كل ما يجوز بيعه بيعا صحيحا يجوز رهنه » •

« ومع ذلك يقع صحيحا رهن الشىء المستقبل أو غير المحقق أو الذى لم تقع حيازته بعد ، ولكن هذا الرهن ، لا يخول الدائن الا الحق فى أن يطلب تسلم الأشياء محل العقد حينما يصبح تسليمها ممكنا » •

وقد يكون الراهن هو المـالك الظاهر للشيء سواء كان وارثا ظاهرا أو مالكا ظاهرا بسـند صورى ، أو مالكا ظاهرا هو اسم مسـتعار ، وفى هذه الحالات لا يحفل القانون بحماية المـالك الظاهر ، وانما يوجه حمايته نحو من يتعامل معه وهو حسن النية ، فيجعل الرهن المقرر له قائما صحيحا ولو فى مواجهة المـالك الحقيقى ، ويفضله على المرتهن من المالك الحقيقى .

٢ ـ أن يكون المنقول مما يمكن بيعه بيعا صحيحا بالمزاد العلنى استقلالا ، أو أن يكون الحق مما يقبل التحويل : فالمنقول المرهون مصيره الى البيع بالمزاد العلنى ان لم يسدد المدين الدين ، ولذلك يجب من أول الأمر أن يكون المنقول مما يجوز بيعه بالمزاد أو اذا كان حقا أن يكون قابلا للتحويل ، لأن ما لا تجوز حوالته لا يجوز التنفيذ عليه . ولذلك يقول الفصل ١١٧٤ : « كل ما يجوز بيعه بيعا صحيحا يجوز رهنه » .

وتطبيقا لهذا الشرط ، لا يجوز رهن العقارات بالتخصيص ، لأنها ملحقة بالعقار ومرصودة لخدمته ، ولا يجوز نزعها منه وبيعها استقلالا ، ولكن يجوز رهنها بالتبعية لرهن العقار ذاته . واذا تسلم المرتهن العقار بالتخصيص جاز لمرتهن العقار رهنا رسميا أن يتتبع العقار بالتخصيص ، ما لم يكن المرتهن حيازة قد تسلمه وهو حسن النية[1] .

كذلك لا يجوز رهن المنقول الممنوع التصرف فيه لأن ذلك يخالف الشرط المـانع من التصرف ، وهو منقول لا يجوز بيعه . غير أن المرتهن حسن النية يتمتع بحماية القانون ، ويكون الجزاء على مخالفة الشرط قائما فقط فى علاقة المشترط والمشترط عليه .

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١٠ ـ ص ٧٦٤ ـ هامش رقم ١

واذا كان الراهن مالكا للمنقول تحت شرط فاسخ ، فرهنه صحيح ، ولكنه يكون معلقا على نفس الشرط الفاسخ ، فاذا تخلف الشرط تأكدت الملكية وكذا الرهن واذا تحقق الشرط زالت الملكية وزال الرهن وكان للمالك السابق (الذى كانت ملكيته بالضرورة معلقة على شرط واقف) أن يسترد الشىء من يد المرتهن • وقد نص على ذلك الفصل ١١٧٢ من تقنين الالتزامات والعقود اذ يقول : « من ليس له على الشىء الا حق قابل للفسخ أو معلق على شرط أو قابل للابطال لا يحق له أن يجرى عليه الا رهنا معلقا على نفس الشروط أو معرضا لنفس الابطال » • ورغم معارضة هذا النص لما جاء فى الفصل ١٢٥/٢ و ٣ من تقنين الالتزامات والعقود الذى يقول : « بعد تحقق الشرط الواقف تفسخ الأفعال القانونية التى أجراها المدين فى الفترة القائمة بين نشوء الالتزام وتحقق الشرط ، وذلك فى الحدود التى يمكن فيها أن تضر بالدائن ، مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة سليمة للغير الحسنى النية » • الا أنه لا مناص من القول بأننا فيما يخص الرهن نكون بصدد نص خاص يخصص النص العام الوارد فى باب الشرط • فيزول الرهن رغم حسن نية المرتهن • واذا كنا قد ذهبنا فى صدد الرهن الرسمى الاتفاقى الى احترام حق المرتهن حسن النية ، فانما ذهبنا الى ذلك مراعاة لأن حقه مسجل والتسجيل له أثر مطلق ، وتشريع التحفيظ العقارى لا يسمح بالمساس بحق من كان حسن النية •

وينطبق ذلك أيضا على المالك بسند قابل للابطال ، اذ تزول ملكيته عندما يقضى بالبطلان ويزول الرهن • والحكم فى حالة البطلان ليس فيه خروج على القواعد العامة كما هو الشأن فى حالة الشروط الفاسخ ، ذلك أن المشرع قضى فى شأن ابطال العقد بأن : « تطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسنى النية للأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة » فقد أحال بهذا النص على الأحكام الخاصة بكل

عقد ، وحكم عقد الرهن طبقا للفصل ١١٧٢ هو زوال الرهن رغم حسن نية المرتهن » .

أما المالك تحت شرط واقف الذى يرهن الشىء رهنا حيازيا (اذا استطاع أن يسلمه للمرتهن) يجوز رهنه ويكون معلقا على مصير الشرط ، ان تحقق الشرط كان مالكا بأثر رجعى وكان رهنه صحيحا من أول الأمر ، وان تخلف الشرط كان غير مالك من أول الأمر وزال رهنه[1] .

ويمكن أن يكون الدين احتماليا أو مضافا الى أجل أو معلقا على شرط ، وعندئذ يقوم الرهن من وقت تسليم المنقول المرهون الى الدائن ، وقد يكون الرهن ذاته هو المعلق على شرط أو مضاف الى أجل أو معلق على اقرار من الغير كما فى رهن ملك الغير ، وفى هذه الحالات عندما ينشأ أو ينفذ حق الرهن يستند بأثر رجعى الى وقت تسليم الشىء المرهون الى الدائن . وقد نص على ذلك الفصل ١٢٣٠ بالعبارات التالية : « الرهن المسلم ضمانا لالتزام محتمل استقبالا أو معلق على أجل أو على شرط تكون مرتبته ابتداء من اليوم الذى أصبح فيه تاما بتسليم الشىء بمقتضى العقد ، ولو لم يتحقق الالتزام الا فيما بعد . — ويطبق نفس الحكم على الرهن المعلق نفاذه على أجل أو على شرط ، وكذلك على رهن ملك الغير اذا ما وقع تصحيحه » .

وفى الحالات المتقدمة (الشرط والابطال) لم يراع المشرع جانب المرتهن حسن النية ، فسمح باسترداد الشىء منه وزوال الرهن رغم حسن نيته . غير أن هذه الحالات تعتبر استثناء ، وفيما عداها يحمى المشرع حسن نية المرتهن ، ولذلك قضى فى الفصل ١١٨٧ (معدل بظهير ٣ يونيو سنة ١٩٥٣) : « الدائن الذى يتسلم بحسن نية على سبيل الرهن الحيازى

---

(١) السنهورى : الوسيط — ج ١٠ — فقرة ٥١٠ — ص ٧٥٤ .

شيئا منقولا ممن لا يملكه يكسب حق الرهن ، ما لم يكن الأمر متعلقا بشيء ضائع أو مسروق ، قابل للاسترداد ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل ٥٤٦ مكرر » • فهذا النص يحمي المرتهن حسن النية في غير حالة الشيء المنقـول الضـائع أو المسروق والذي يكون حق مالكه في استرداده ما زال قائما أي خلال ثلاث سنوات من ضياعه أو سرقته •

٣ ــ أن يسلم المنقول المرهون الى الدائن ، أو يحول الحق المرهون اليه ضمانا للدين : ومؤدى هذا الشرط أن المنقول اذا كان منقولا ماديا وموجودا فلا ينشـأ حق الرهن فيما بين المتعاقدين (الراهن والمرتهن) ولابالنسبة الى الغير الا بتسليم المنقول المرهون • وبغير التسليم لا يتم العقد ولا ينشـأ حق الرهن ، لأن عقـد الرهن الحيازي عقـد عيني ، اما اذا كان المنقول منقولا مستقبلا أي سيوجد بعد انعقاد العقد بوقت طال أو قصر ، فان عقد الرهن يتم ويكون للمرتهن عندما يوجد الشيء أن يطلب تسليمه اليه ، فيكون الراهن ملتزما بالتسليم ، ومعنى هذا أن الرهن الحيازي لمنقول مستقبل هو عقد وعد بالرهن •

واذا كان المرهون حقا ، وجب تحويله الى الدائن المرتهن ، وكثيرا ما يقع ذلك في رهن الأوراق التجارية رهنا حيـازيا ، حيث يمكن رهن الكمبيالة أو السند الاذني رهنا حيازيا بتظهير الورقة الى المرتهن تظهيرا تأمينيا ، أي للضمان ، ويبين ذلك في صيغة الرهن بأن : القيمة للضمان أو للرهن[1] • وفي هذه الحالة يكون على المرتهن أن يطالب بالورقة في ميعاد الاستحقاق ، وأن يتخذ الاجراءات القـانونية عند عدم الوفاء ، بتحرير ورقة البروتسـتو واقامة الدعوى • واذا استوفى قيمة الورقة فاما أن يكون أجل دينه قـد حل فيسـتوفي دينه ويرد الباقي للمظهر ،

---

(١) انظر الفصل ١٤٠ من القانون التجاري •

واما ألا يكون أجل دينه حالا ، فيحتفظ بقيمة الورقة الى أن يحل أجل دينه فيستوفيه ويرد الباقى للمظهر •

ولا يستعمل الشيك للرهن عادة ، لأن الشيك واجب الدفع دائما لدى الاطلاع ، ويمكن بدلا من أخذه رهنا الحصول على الدين من قيمته، ولكن لا يوجد ما يمنع قانونيا من الحصول على شيك على سبيل الرهن، خاصة عندما يكون الالتزام المضمون غير نقدى •

وسواء كان المرهون منقولا ماديا أم حقا من الحقوق فان حيازته لابد وأن تنتقل من يد المدين ، ولهذا كان الرهن « حيازيا » • وتنتقل الحيازة عادة الى الدائن ، وقد تنتقل الى يد وسيط يتفق عليه الطرفان ، يسمى « العدل » • وهو يحوز المنقول لحساب الطرفين • بل ويجوز أن يحوز الدائن الشيء ثم يؤجره للمدين ، ولكن حيـازة المدين للشيء تجعل الرهن غير نافذ تجاه الغير •

ويشمل الرهن الشيء المرهون وملحقاته وثماره كما تقدم فى باب الرهن الرسمى •

٤١١ ــ ويجوز رهن النقود والأشياء المثلية رهنا حيازيا • ويجب أن تسلم داخل مظروف مغلق • فاذا لم يغلق عليها فان الرهن لا يكون فى هذه الحالة رهنا بالمعنى الصحيح[1] ، لأن الرهن الحيازى يلزم المرتهن برد الشيء المرهون عينه ، وهو هنا لا يرد النقود عينها ، بل يلتزم بأن يرد مقدارا مماثلا لما تسلمه • ولذلك يسمى الرهن فى هذه الحالة بالرهن

---

(١) من حق المرتهن ان يطلب الاطلاع على النقود وعدها قبل اغلاق الظرف ليتأكد من مطابقة المبلغ للمتفق عليه . واذا تسلم المظروف مغلقا دون فتحه والاطلاع على محتوياته ، فانه يواجه مشكلة صعبة فى الاثبات ، وهى اثبات أن محتويات الظرف ليست كالمتفق عليه .

الناقص ، ويشبه فى ذلك وديعة النقود وتسمى وديعة ناقصة • وفى الحالتين لا تنطبق أحكام الرهن ولا الوديعــة ، وانما تطبق أحكام القرض ، لأن المرتهن يلتزم برد مقدار مماثل من النقود كالمقترض • وقد نص على ذلك الفصل ١١٨٦ من تقنين الالتزامات والعقود فقال : « يصح رهن النقود ، والسندات لحاملها والأشياء المثلية ، بشرط أن تسلم داخل ظرف مغلق •

« واذا سلمت النقود من غير أن يغلق عليها طبقت عليها على سبيل القياس أحكام القرض • بيد أنه اذا سلمت الســندات لحاملها مفتوحة لم يكن للدائن أن يتصرف فيها ، ما لم يؤذن لم فى ذلك صراحة بالكتابة» •

ولرهن النقود صور كثيرة فى الحياة العملية منها :

ــ التأمين النقدى الذى يدفع للمصالح الحكومية لضمان حقوق الدولة ، مثل تأمين التليفون ، والتأمين الذى يدفعه المقاولون عند الدخول فى مناقصات أو مزايدات تطرحها الوزارات والمصالح •

ــ التأمين النقدى الذى يدفع للمكتبات لاستعارة كتاب ، على أن يرد عند اعادة الكتاب •

ــ التأمين النقدى الذى يدفعه طلبة الكليات العملية بالجامعات ضمانا للأجهزة التى يستعملونها •

ــ غطاء خطابات الضمان (الضمانات) لدى البنوك •

وبعد أن يزول السبب الذى أدى الى استحقاق هذا التأمين النقدى يكون من حق من قدمه أو يسترده ، ما دام لم يستحق عليه شىء للجهة المدينة برد التأمين •

المطلب الثالث

الدين المضمون

٤١٢ – كل دين صحيح يصلح ضمانه برهن حيازى . فيجوز انشاء الرهن ضمانا لدين حال أو مؤجل ، لدين مؤكد أو احتمالى لدين منجز أو شرطى .

ويجب أن يكون مقدار الدين محددا . ولكن يصعب أحيانا تقدير الدين مقدما ، لأنه يكون مرتبطا بظروف أو احتياجات تجد فى المستقبل. وفى هذه الحالة يكفى أن يحدد الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين كما فى فتح الاعتماد والحساب الجارى . وقد نص على هذا المعنى الفصل ١١٧٥ بما يلى :

« يجوز اجراء الرهن الحيازى ضمانا لاعتماد مفتوح أو لمجرد فتح حساب جار أو لالتزام مستقبل أو احتمالى أو موقوف على شرط ، على أن يكون مقدار الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى يجوز وصوله اليه معينا فى العقد المنشىء للرهن » .

وفتح الاعتماد الذى يشير اليه النص هو نوع من نشاط البنوك فى تقديم أدوات للائتمان . وبمقتضى عقد فتح الاعتماد يتفق العميل مع البنك على أن يلتزم البنك بأن يضع مبلغا معينا تحت تصرف العميل ليسحب منه حسب حاجته فى مزاولة أعماله أو تجارته . ويكون هذا المبلغ هو الحد الأقصى الذى يتعهد به البنك ، فلا يجوز أن تتعدى مسحوبات العميل هذا المبلغ الا باتفاق جديد مع البنك . وقد يكون التزام البنك هو تقديم أدوات ائتمان أخرى فى حدود مبلغ معين . فيتفق مثلا مع مقاول على أن يقدم له اعتمادا بمبلغ معين ، لنفرض أنه سبعة ملايين ، يخصص مليونين منها للسحب نقدا ، عندما يحتاج اليها أو الى

بعضها العميل ، ومليونا لقيمة الضمانات المطلوبة من المقاول للجهات الحكومية التى ينفذ مقاولات لحسابها ، وهذه الضمانات هى تعهد بدفع مبلغ عند طلب الجهة الحكومية ، ولكن لا تدفع قيمتها الا اذ طلبت هذه الجهة المستفيدة ذلك • ويخصص مثلا أربعة ملايين لسداد ثمن بضائع مستوردة لحساب المقاول • ويحصل من المقاول على ضمان للمبالغ التى يقدمها له أو يتعهد بتقديمها • وقد يكون الضمان رهنا رسميا على عقار ، أو رهنا حيازيا يتخذ صورا مختلفة فى التعامل ، نذكر منها :

ــ الرهن الحيازى على أوراق مالية : حيث يقدم العميل اسهما أو سندات توازى قيمتها قيمة الاعتماد •

ــ الرهن الحيازى على مصنع مملوك للعميل : والواقع أن الرهن هنا لا يتعلق بمنقول ، لأن مبنى المصنع عقار، وآلاته عقارات بالتخصيص •

ــ الرهن الحيازى على بضائع : وهذا البضائع قد تكون موجودة لدى العميل، فتوضع فى مخزن يستأجر باسم البنك لتتوافر له حيازتها • وقد تكون بضاعة قادمة فى الطريق الى العميل ، وفى هذه الحالة ترهن البضاعة بنص خاص فى عقد فتح الاعتماد ، ويشترط البنك أن تكون سندات شحن البضاعة محررة لأمره أو أن تكون على الأقل مظهرة لأمره ويعتبر التظهير هنا تظهيرا تأمينيا • ولا يدفع العميل قيمة هذه البضاعة بل يدفعها البنك للبائع عندما يتسلم سند الشحن الصادر أو المظهر لأمره ، ويكون قد فتح من قبل لصالح البائع نوعا من الاعتماد يسمى : الاعتماد المستندى ؛ أى الاعتماد الذى يستفيد منه البائع بواسطة تقديم مستندات منصوص عليها فيه ، وهى عادة : سند شحن البضاعة ووثيقة التأمين عليها وفاتورة بثمنها • وبمجرد أن يتسلم البنك هذه الأوراق ويدفع قمة البضاعة (عن طريق بنك يراسله فى بلد البائع) تصبح البضاعة

ملكا له أو مرهونة له حسب الأحوال ، ولا يتسلمها العميل الا مقابل أداء ثمنها ، أو يتسلمها على دفعات يؤدى ثمن كل دفعة عند استلامها أو يقدم للبنك أوراقا تجارية على سبيل الرهن ضمانا للثمن المستحق عليه ، وهذه أيضا صورة من صور الرهن الحيازى .

وغالبا ما يصحب فتح الاعتماد ، فتح حساب جار تصب فيه العمليات المتعلقة بالاعتماد . والحساب الجارى لا يعرف الطرفان مقدما مقدار الرصيد الذى يسفر عنه فى نهاية مدته ، ولا يعرفان لصالح من منهما يكون هذا الرصيد . ولذلك يحددان الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الرصيد ، وينشأ ضمانا لهذا المبلغ ، ويكون البنك هو المرتهن ، فاذا أسفر الحساب فى النهاية عن مديونية العميل كان للبنك أن يحصل على حقه من التنفيذ على الشيء المرهون اذا لم يف العميل بالدين .

ويكون الرهن الحيازى تابعا للالتزام المضمون فى صحته وبطلانه وانقضائه . ولذلك يقضى الفصل ١٢٣٣ بأن : « بطلان الالتزام الأصلى يؤدى الى بطلان الرهن » .

« الأسباب التى توجب ابطال الالتزام الأصلى أو انقضاءه توجب ابطال الرهن أو انقضاءه » .

واذا انتقل الدين المضمون من الدائن الى شخص آخر بحوالته ، فان الرهن الحيازى ينتقل الى الدائن المحال له اذا نصت الحوالة على ذلك . أما اذا لم ينص فى الحوالة صراحة على انتقال الرهن الحيازى فان الرهن ينقضى ولا ينتقل الى الدائن الجديد (الفصل ٢٠٠ من تقنين الالتزامات والعقود) . واذا شملت الحوالة الرهن الحيازى فان المحال له بمجرد تسلمه الشيء المرهون يحل محل المحيل فى كل الالتزامات التى كانت ثابتة عليه للمدين بصدد رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه وعند تنفيذ هذه الالتزامات يكون المحيل والمحال له متضامنين فى المسئولية عنها تجاه المدين . هذا اذا كانت الحوالة اتفاقية أما اذا كانت حوالة بمقتضى

القانون أو بحكم قضائى ، فان المسئول عن هذه الالتزامات هو المحال له وحده (الفصل ٤٠١) •

ولا تنطبق قاعدة تخصيص الرهن ، على الرهن الحيازى ، بحسب الرأى الراجح سواء بالنسة الى الشيء المرهون أو الدين المضمون •

المطلب الرابع
التسـليم

٤١٣ ـ التسليم كما رأينا ركن فى عقد الرهن الحيازى ، فلا ينعقد العقد بين طرفيه ، ولا يكون نافذا فى مواجهة الغير ، الا اذا تمت حيازة الدائن أو الأمين الشيء المرهون • والتسليم يتم بمناولة الدائن المنقول أو السند المثبت للدين • وقد يكون المنقول موجودا من قبل لدى الدائن ، فلا يحتاج الأمر الى تسليم جديد • وينعقد العقد بمجرد التراضى ، أى يكون العقد رضائيا • وقد يكون الشيء موجودا فى يد شخص آخر يحوزه لحساب المدين ، وفى هذه الحالة ينشأ الرهن بمجرد اخطار المدين هذا الشخص بأن تكون الحيازة لحساب الدائن • وقد نص على ذلك الفصل ١١٨٨ فى فقرته الأخيرة بالعبارة التالية : « واذا كان الشيء موجودا بالفعل وقت الرهن فى يد الدائن كان رضى الطرفين وحده متطلبا • واذا وجد الشيء فى يد أحد من الغير وكان يحوزه لحساب المدين كفى أن يقوم هذا الأخير باخطار حائز لشيء بانشاء الرهن وابتداء من هذا الاخطار يعتبر الأجنبى الحائز أنه أصبح حائزا للشيء لحساب الدائن ولو لم يكن قد التزم مباشرة تجاهه » •

وعندما يتسلم الدائن الأشياء المرهونة يكون « للمدين دائما الحق فى أن يتطلب من دائنه توصيلا مؤرخا موقعا عليه منه ومتضمنا نوع وطبيعة الأشياء المرهونة وصنفها ووزنها وقياسها وعلاماتها المميزة ، واذا كان المرهون سندات لحاملها وجب أيضا أن يتضمن التوصيل أرقامها وقيمتها الاسمية » (الفصل ١١٩٠) •

على أن حيازة الدائن لا تستلزم حيازة الشيء بذاته بالضرورة ، بل يمكن أن يكون هناك سند يمثل الشيء ، وتعتبر حيازة السند حيازة للشيء. ومثال ذلك سند الشحن البحري، وسند الايداع في المخازن العمومية، والغالب أن تكون هذه السندات للأمر ، وتتداول بطريق التظهير . ومع كل انتقال لملكية السند تنتقل ملكية البضاعة ، ويمكن لمن يملكها أن يرهنها، بأن يظهر السند تظهيرا تأمينيا . ويجيز الفصل ١١٩٤ هذه الصورة من الرهن اذ ينص على ما يلي :

« يعتبر الدائن حائزا للأشياء المرهونة اذا كانت الأشياء المرهونة موضوعة تحت تصرفه ، في مخازنه وسفنه أو في مخازن وسفن وكيله بالعمولة أو عميله أو في الجمرك أو في مستودع عام أو اذا كانت هذه الأشياء في الطريق لم تصل بعد وسلمت اليه تذكرة شحنها أو بوليصة نقلها مظهرة باسم الدائن أو لأمره » .

وقد يتفق الراهن والمرتهن على أن يعهدا بحيازة الشيء الى أجنبي عن العقد يسمى أمينا . وقد يعين هذا الأمين في العقد فينشأ حق الرهن من وقت حيازته للشيء ، وقد يختلف الطرفان على تعيينه ، فيطلب أحدهما الى المحكمة تعيينه من بين أشخاص يرشحهم الطرفان لهذه المهمة . واذا مات الأمين الذي أودع الشيء لديه عين الأطراف غيره أو عينت المحكمة كما تقدم . ويكون المدين مسؤولا عن هلاك الشيء لدى الأمين ، وله الرجوع على الأمين طبقا لقواعد عقد الوديعة . وسنبينها بعد أن نورد النصوص التي تتضمن هذه الأحكام. فالفصل ١١٩٨ من تقنين الالتزامات والعقود يجري نصه بمايلي:« اذا اتفق على ايداع المرهون في يد الغير دون تعيينه . ولم يصل الطرفان الى اتفاق على اختيار من يباشر هذه المهمة ، تولت المحكمة اختيار شخص من بين الأشخاص الذين يعينهم الطرفان. — واذا مات ذلك المودع عنده أودع المرهون لدى شخص آخر يختاره الأطراف وعند الخلاف تعينه المحكمة » . وينص الفصل ١٢١٤ على مايلي:

« اذا سلم المرهون الى أمين متفق عليه بين الطرفين تحمل المدين تبعة هلاك المرهون ، مع حفظ حق هذا الأخير فى الرجوع على الأمين وفق ما يقضى به القانون » .

والأمين باعتباره مودعا لديه ، يلتزم بأن : « يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التى يبذلها فى المحافظة على أموال نفسه ، مع استثناء ما هو مقرر فى الفصل ٨٠٧ » (الفصل ٧٩١) . وهذا النص يفيد أن المودع عنده يلتزم بالمحافظة على الوديعة ، وهذا التزام ببذل عناية . والعناية اللازمة منه تقدر بمعيار شخصى ، فهو نفس درجة العناية التى يبذلها فى المحافظة على أشيائه الخاصة . فاذا كانت عنايته الشخصية عالية الدرجة وجب أن يحافظ على الشىء المرهون بنفس هذه العناية العالية . وان كانت عنايته فى أمواله الخاصة ضعيفة فلا يكلف بأزيد منها . غير أن هذا النص (الفصل ٧٩١) يستثنى فى نهايته الحالة المنصوص عليها فى الفصل ٨٠٧ وهى حالة مسئولية المودع عنده بصدد فعل الغير عن « الهلاك أو الضرر الناتج من أى سبب كان يمكن التحرز منه عندما يأخذ أجرا عن حفظ الوديعة وعندما يتسلم الودائع بحكم مهنته أو وظيفته » [1].

---

(١) لاحظنا على التراجم العربية لهذا النص أنها أخطأت فجعلت النص « من اى سبب كان يمكنه التحرز منه » بينما الترجمة الدقيقة للنص هى « من اى سبب كان يمكن التحرز منه » والفرق بين العبارتين هو الفرق بين المعيار الشخصى والمعيار الموضوعى . فالضمير (الهاء) فى العبارة الخاطئة ينسب امكان التحرز الى المودع عنده ؛ فتقدر مسئوليته بمعيار شخصى ، ولو كان الامر كذلك لما كان الفصل ٧٠٨ استثناء من الفصل ٧٩١ كما قال المشرع ، لان المسئولية تقدر فى الحالتين بمعيار شخصى . اما الصحيح ، فهو حذف الهاء ليكون التحرز منظورا اليه فى ذاته فتقدر بمعيار موضوعى هو معيار الشخص العادى . وبذلك تكون هذه الحالة كما قال المشرع استثناء لانها تقدر بالمعيار الموضوعى استثناء من القاعدة العامة فى الفصل ٧٩١ وتقدر بمعيار شخصى . انظر دروسنا لطلبة الدكتوراه بالرباط عام ٧٥ — ص ١٦

فتقدر مسئولية المودع عنده فى هذه الحالة بالمعيار الموضوعى استثناء من الفصل ٧٩١ الذى تبنى المعيار الشخصى كقاعدة عامة . ولكن اذا كان الهلاك أو التعيب قد حصل بفعل الطبيعة أو نتيجة عيب فى الأشياء المودعة أو بسبب اهمال المودع ، فلا يكون المودع عنده مسئولا . والعيب يعتبر حاصلا بفعل الطبيعة اذا كان الشىء بطبيعته يتلف بمرور الزمن ، كالتفاح والموز والخبز والخضر ، ويعتبر العيب نتيجة عيب فى الأشياء المودعة اذا كان الشىء يدوم زمنا دون أن يلحقه تلف ، ولكن ظرفا معينا أدى الى تلفه ، كما لو كان الشىء من الحبوب فالحبوب يمكن أن تعيش شهورا طويلة دون تلف ، ولكن اذا كانت هذه الحبوب مبتلة فانها تتلف سريعا ، ويكون التلف نتيجة عيب فى الشىء . كذلك لا يسأل الأمين المودع عنده عن هلاك الشىء بقوة قاهرة أو حادث فجائى . والقوة القاهرة والحادث الفجائى مترادفان ، معناهما الأمر الذى لا يمكن توقعه ولا توقيه . فاذا نظرنا اليه من حيث أنه فى مصدره غير متوقع فهو حادث فجائى . واذا نظرنا اليه فى نتيجته على أنه لا يمكن تفاديه . فهو قوة قاهرة . والواقع أن عدم مسئولية المودع عنده عن القوة القاهرة والتلف الحاصل بفعل الطبيعة أو بسبب عيب الشىء أو باهمال المودع ، ما هى الا صور مختلفة من السبب الأجنبى وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن المودع عنده يبرأ من التزامه اذا قام سبب أجنبى يحول دون مساءلته . واذا كان المودع عنده لا يتقاضى أجرا فلا يكلف باثبات السبب الأجنبى ، أما اذا كان مأجورا فهو المكلف باثبات السبب الأجنبى . ويمكن الاتفاق مع الأمين على تشديد مسئوليته أو على تخفيفها ، ولكن لا يجوز أن يصل تخفيف مسئولية الى حد إعفائه من المسئولية عن الغش والخطأ الجسيم . سواء صدر منه هو أو من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

وتعتبر أمينــة على الشيء المرهون : المخازن العمومية التى تودع فيها البضائع ولهذه المخازن فى فرنسا نظام دقيق يحقق مزايا كبيرة للحياة التجارية نلخصه فيما يلى :

تحتفظ المخازن العمــومية أو مخازن الايداع بمبان مقــامة على مســاحات كبيرة تتســع لكميات كبيرة من البضائع . وكثيرا ما تكون مزودة بالوسائل اللازمة للمحافظة على البضائع مثل وسائل التبريد الى درجات معينة حتى لا تتلف البضائع ، كاللحوم .

وتصدر هذه المخازن عن البضاعة المودعة بها صكين متصلين : صك يفيد ايداع البضائع واسم صاحبها وموطنه ومهنته وبيانات تحددها من حيث النوع والكمية ، وصــك رهن يســتخدم فى حالة الرغبة فى رهن البضاعة .

وعندما يرغب مالك البضاعة فى رهنها يفصل صك الرهن عن صك الايداع ويظهره لدائنه . هذا التظهير ينشىء حق الرهن فيجب أن يتضمن بيانات مفصلة عن تاريخه وعن مقــدار الدين المضمون وفوائده وميعاد استحقاقه ، كما يذكر فيه أنه صــادر لأمر الدائن ، حتى يمكن تداوله بطريق التظهير . ويظل صك الرهن فى التداول من يد الى يد بالتظهير كورقة تجارية حتى يحين ميعاد استحقاق الدين المضمون بالرهن . فيتقدم حامل صك الرهن الى مالك البضاعة مطالبا بالوفاء فان لم يف يحرر له بروتستو عدم الدفع ويحصــل التنفيذ على البضـــائع المرهونة تحت يد المخزن العام المودعة فيه بنفس طريقة التنفيذ على الشيء المرهون رهنــا حيازيا تجاريا ، ولكن يكفى البروتستو بدلا من التنبيه على المدين بالوفاء ويقوم الدائن باستصدار اذن من القاضى ببيع البضاعة المرهونة فى مزاد علنى . فاذا انتهى البيع الى حصيلة نقدية تكفى سداد الدين ، سدد الدين للدائن وسلم الباقى للمدين . واذا لم تكف حصيلة البيع للوفاء فان حامل

الصك يرجع على المظهرين وضمانهم بباقى دينه طبقا لقواعد قانون الصرف ٠

أما اذا كان مالك البضاعة يرغب فى بيعها لا فى رهنها ، فانه لا يفصل صك الرهن عن صك الايداع ، وانما يقوم بتظهير صك الايداع ومعه صك الرهن الى المشترى ، والمشترى يستطيع التأكد من أن البضاعة غير مرهونة بوجود صك الرهن فوجوده دليل على أن البضاعة لم ترهن ٠ أما اذا كان قد سبق رهن البضاعة بفصل صك الرهن عن صك الايداع ، فان المشترى يستطيع أيضا معرفة المبلغ المضمون بالبضاعة ، لأن المرتهن عليه فور تلقى صك الرهن أن يؤشر فى دفاتر المخزن على صك الرهن بحصول تسجيل هذه البيانات فى دفاتره ويستطيع المشترى أن يخصم من الثمن الذى يدفعه للبائع قيمة الدين المضمون بالرهن ، ثم يتربص المشترى حتى يحين ميعاد الاستحقاق فيفى بالدين ويتسلم البضاعة اذ يجتمع فى يديه بعد وفاء الدين صك الايداع وصك الرهن ٠ ويستطيع المشترى أيضا أن يودع قيمة الدين المضمون لدى المخزن العام لحساب حامل صك الرهن ويتسلم البضاعة المرهونة ، وفى ميعاد استحقاق الدين يذهب الدائن المرتهن الى المخزن العام فيتسلم دينه نقدا ٠

والاتفاق الذى يلتزم بشخص بمقتضاه بأن يرهن شيئا معينا — ويمكن أن يسمى عقد الوعد بالرهن — يخول للدائن الحق فى طلب تسلم المرهون وعند عدم التسليم يكون له الحق فى التعويض (الفصل ١١٩٣/١) ٠ ويسرى هذا الحكم ولو فقد المدين أهلية التفويت قبل تسليم المرهون للدائن ٠ وحينئذ يلتزم النائب القانونى لناقص الأهلية باجراء هذا التسليم مع الاخلال بحالات الابطال المقررة بمقتضى القانون (الفصل ١١٩٣/٢) ٠

٤١٤ — وفى بعض الأحيان لا يكفى التسليم وحده لانشاء حق الرهن بل يجب ان يصحبه اجراء آخر : ومن ذلك ان الديون ترهن بتسليم السند المثبت للدين الى الدائن ، ويجب اعلام المدين فى الدين المرهون اعلاما رسميا بالرهن ، أو أن يقبل هـذا المدين الرهن فى محرر ثابت التاريخ • ويجب أن يقع الاعلام الرسمى من الدائن فى الدين المرهون أو من الدائن المرتهن اذا اذن له الدائن الأول بذلك • والدين غير الثابت فى محرر لا يصح أن يكون محلا للرهن (الفصل ١١٩٥) •

واذا كان المرهون أسهما أو حصصا فى شركة أو سندا اسميا لشركة تجارية أو مدنية ، فان تسليم الصك وحده لا يكفى، بل يجب أن يقيد رهن هذه الأسهم أو الحصص أو السندات فى السندات فى سجلات الشركة كما يقيد انتقال الملكية (الفصل ١١٩٧) • أما السندات لحاملها فيكفى فى رهنها تسليمها لأن انتقال ملكيتها يكفى فيه قانونا نفس هذا الاجراء (الفصل ١١٩٦) •

وفى بعض الحالات لا يكون التسليم ركنا فى عقد الرهن الحيازى، فقد قدمنا حالتين من هذا النوع : الأولى : خاصة برهن الشىء المستقبل اذ ينعقد الوعد بالرهن ، وينشأ التزام عنه بتسليم الشىء عندما يوجد (الفصل ١١٧٤) والثانية خاصة بحالة الشىء الموجود لدى الدائن ثم يرهن لصالحه فينعقد العقد بمجرد التراضى (الفصل ١١٨٨) ويكون عقد الرهن الحيازى فى هاتين الحالتين رضائيا لا عينيا •

المبحث الثانى

آثار الرهن الحيازى على المنقول

٤١٥ ــ فى الكلام عن آثار الرهن الحيازى على المنقول يجب أن نعرض لآثاره فيما بين المتعاقدين ، ثم بالنسبة للغير . ولذا تقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : آثار الرهن الحيازى بين المتعاقدين .

المطلب الثانى : آثار الرهن الحيازى بالنسبة الى الغير .

المطلب الأول

آثار الرهن الحيازى بين المتعاقدين

٤١٦ ــ تتناول فى هذا المطلب آثار الرهن بالنسبة الى الراهن وبالنسبة الى المرتهن . فنبين حقوق والتزامات كل منهما .

١ ــ حقوق والتزامات الراهن

٤١٧ ــ يحد الرهن الحيازى من حقوق الراهن كثيرا ، لأن تسلم الدائن أو الأمين للشىء المرهون ، يحرم الراهن من استعماله واستغلاله. فيبقى له عنصر التصرف ، مقيدا أيضا بالرهن .

وينشىء عقد الرهن الحيازى على عاتق الراهن التزامات هى : أن ينشىء حق الرهن الحيازى لصالح الدائن ، وأن يضمن له سلامه هذا الرهن . واليك بيان ذلك .

اولا : حقوق الراهن

٤١٨ ــ ذكرنا أن حقوق الراهن على الشيء المرهون تتقيد وتصبح محدودة الى حد كبير • فليس له استعمال واستغلال المنقول المرهون • ويكون حقه فى التصرف فيه مقيدا بحق المرتهن ، فلا يستطيع أن ينقل الى مشترى المنقول حق ملكية خالص من الرهن ، بل تنتقل الملكية مثقلة بحق الرهن ، ويكون للدائن كما سنرى أن يتتبع المنقول تحت يد المالك الجديد (تتبعا معنويا) فيعتبر المالك الجديد بالنسبة له حائزا ، ويمارس فى مواجهته اجراءات التنفيذ على المنقول لاقتضاء الدين •

ولكن اذا أقر الدائن المرتهن تصرف الراهن فى الشيء المرهون فان هذا التصرف ينفذ فى مواجهته ، بمعنى أن الحق الجديد الذى نشأ على الشيء يكون غير محمل بحق الرهن ، فاذا كان الحق الجديد حق استعمال كان لصاحبه أن يستعمل الشيء المرهون ، أما اذا كان حق ملكية فان اقرار الدائن اياه يؤدى الى تخليص الشيء من حق الرهن فتنتقل ملكيته خالصة • ولهذا ينص الفصل ١١٧٧ من تقنين الالتزامات والعقود على أن : « من رهن شيئا لا يفقد الحق فى تفويته ، الا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع ، ما لم يرتض الدائن اقرار التفويت » •

٤١٩ ــ ولكن ليس معنى هذا أن الدائن قد نزل عن حقه فى الرهن وارتضى أن يبقى الدين بلا تأمين أو ضمان • وانما ينتقل حق الدائن المرتهن الى ما يحل محل الشيء فى ذمة الراهن ، فاذا كان التصرف بيعا انتقل حق المرتهن الى الثمن فيكون الثمن مرهونا رهنا حيازيا لضمان حقه ، واذا كان أجل الدين قد حل كان له أن يقتضى دينه من الثمن واذا لم يكن قد بعد أجل الدين كان عليه أن يحتفظ بالثمن الى أن يحل

الأجل فيستوفى الدين . واذا بقى له شىء رجع به على المدين الأصلى فى أمواله . وقد نص على ذلك الفصل ١١٧٨ فقال : « فى الحالة المنصوص عليها فى الفصل السابق ينتقل الرهن على الثمن اذا كان أجل الدين لم يحل بعد . فاذا كان هذا الأجل قد حل ، حق للدائن مباشرة امتيازه على الثمن ، وذلك دون اخلال بحقه فى الرجوع على المدين بما يبقى من دينه اذا لم يف ثمن المرهون لاستيفائه » .

أما اذا تصرف الراهن فى المنقول تبرعا ، فلا يقر الدائن فى الغالب مثل هذا التصرف لأنه لا يوجد ما يحل محل المنقول ليستوفى حقه منه ، الا اذا كان الراهن قد قدم شيئا آخر يحل محل الشىء المرهون ، واذا حدث أن أقر الدائن تبرع الراهن بالشىء ، فان هذا الاقرار يعتبر نزولا عن حق الرهن . ولا يبقى للدائن الا الرجوع على أموال المدين الأخرى للحصول على حقه .

٤٢٠ ــ ولكن حق التصرف ليس ناشئا عن عقد الرهن الحيازى، بل هو أحد عناصر حق الملكية . وانما ينشىء عقد الرهن الحيازى للراهن حقوقا أخرى .

١ ــ عندما يسلم الدائن الشىء المرهون ، له أن يطلب توصيلا مؤرخا موقعا عليه منه ومتضمنا نوع وطبيعة الأشياء المرهونة وصنفها، ووزنها وقياسها وعلاماتها المميزة (الفصل ١١٩٠ من تقنين الالتزامات والعقود) .

٢ ــ له الحق فى استرداد الشىء المرهون عند سداد الدين أو عند تحقق الشرط الفاسخ اذا كان الرهن معلقا على هذا الشرط .

٣ ــ رغم أن الأصل فى الرهن الحيازى أنه لا يتجزأ ، كما سبق أن أوضحنا ، الا أنه « اذا رهنت عدة أشياء منفصلة بعضها عن بعض بحيث يكون كل واحد منها ضامنا لجزء من الدين حق للمدين عندما يدفع جزءا من الدين أن يسترد الشيء المرهون المقابل لهذا الجزء » (الفصل ١٢٠١/٢) •

٤ ــ للراهن الحق فى الحصول على تعويض من الدائن المرتهن اذا هلك الشيء بخطأ الدائن ، وله نفس الحق تجاه الأمين أو العدل اذا هلك بخطأ هذا الأمين •

٥ ــ اذا كان الشيء المرهون أو ثماره مهددة بعيب أو هلاك ، كان من حق الراهن أن يسترد المرهون ويستبدل به شيئا آخر يساويه فى القيمة • وفى حالة الاستعجال أو خطر التأخير يلجأ الدائن الى القضاء للاذن ببيع الشيء ، ويحل الثمن محل الشيء ، وهنا يحق للمدين أن يطلب ايداع الثمن فى خزينة عامة أو أن يأخذه لنفسه على أن يسلم للدائن شيئا آخر يرهنه له مساو فى قيمته للشيء المبيع •(الفصل ١٢٠٦ من تقنين الالتزامات والعقود) • وتتقادم بمضى ستة أشهر دعوى المدين على الدائن بسبب تعيب الشيء المرهون أو تغييره من حالة الى أخرى تحسب من وقت رد المرهون اليه (الفصل ١٣١٧) •

٦ ــ اذا أساء المرتهن استعمال الشيء أو أهمله أو عرضه للخطر كان للراهن أن يطلب اما وضع المنقول المرهون فى يد أمين مع حفظ حقه فى الرجوع على الدائن بالتعويض ، أو أن يجبر الدائن على اعادة المرهون الى الحالة التى كان عليها عند انتهاء الرهن ، أو أن يسترد المرهون مع قيامه بأداء الدين ولو قبل حلول أجله (الفصل ١٣٠٨ من تقنين الالتزامات والعقود) ويكون للراهن نفس هذه الخيارات فى حالة ما اذا

استعمل المرتهن الشيء أو رهنه للغير أو تصرف فيه بأية طريقة أخرى لمصلحة نفسه دون اذن الراهن (الفصلان ١٣٠٧ و ١٣٠٨) .

٧ ـ من حق المدين الراهن لعدة أشياء أن يختار الشيء الذى يبدأ المرتهن بالتنفيذ عليه (الفصل ١٢٢١) .

٨ ـ اذا كان الراهن كفيلا عنيا ، كان من حقه أن يتمسك فى مواجهة الدائن ، لا بالدفوع الناشئة عن عقد الرهن فقط ، بل وبالدفوع الثابتة للمدين كلها ، الا ما كان متعلقا بشخص المدين خاصة . وله التمسك بهذه الدفوع ولو تنازل المدين عن التمسك بها أو اعترض على تمسك الكفيل العينى بها (الفصل ١٢٢٠) .

٩ ـ من حق الراهن أن يرهن نفس الشيء مرة ثانية وثالثة فى نفس الوقت ضمانا لدين عليه أن على غيره ، أى أنه يمكن أن يتعدد المرتهنون ويكون كل رهن لاحق متأخرا فى المرتبة عن الرهن السابق (الفصل ١٢٢٨) .

ثانيا : التزامات الراهن

٤٢١ ـ بينا فيما تقدم تعداد التزامات الراهن . وهى انشاء حق الرهن ، وضمان سلامة الرهن . فنبينها فيما يلى ثم نبين الجزاء الذى يترتب على عدم القيام بها .

١ ـ الالتزام بانشاء حق الرهن الحيازى

٤٢٢ ـ عرفنا أن عقد الرهن الحيازى رضائى فى بعض التشريعات (كالقانون المصرى) ومن ثم يقوم حق الرهن بين الطرفين ولكن يلتزم

الراهن بأن يقوم بتسليم الشيء المرهون الى المرتهن لكى يكون الرهن نافذا فى مواجهة الغير[1] .

٤٢٣ ـ وفى تشريعات آخرى كالقانون المغربى يكون عقد الرهن الحيازى عقـدا عينيا ، فلا يتم العقـد ولا ينشأ حق الزمة لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسـبة للغير الا بتسـليم الشيء المرهون الى الدائن المرتهن . ولكن العقد الذى يتم فيما بين الراهن والمرتهن دون تسـليم الشيء لا يكون مجردا من كل قيمـة ، بل هو يعتبر وعـدا بالرهن ، وبمقتضاه يلتزم الواعد بالرهن بانشاء الرهن أى بتسـليم الشيء الى الدائن ، ويكون للدائن أن يطالبه بتنفيذ هـذا الالتزام فاذا لم يمكن ذلك يحصل الدائن على تعويض ، أما اذا تسلم الدائن الشيء فان حق الرهن ينشأ بمجرد تسلمه ، أى أن عقـد الوعد بالرهن الحيـازى ، يتحول الى عقد رهن حيازى كامل بتسـليم الشيء الى الدائن المرتهن.

وقد نص على هذا المعنى الفصـل ١١٩٣ : « الاتفاق الذى يلتزم شخص بمقتضاه بأن يرهن شيئا معينا يخول للدائن الحق فى طلب تسليم المرهون ، وعند عدم تسـليم المرهـون اليـه . ويكوز له الحق فى التعويض » .

وبناء على ذلك لا يجوز للراهن بعـد أن وعد بالرهن أن يقوم برهن الشيء نفسه لآخر ويمكنه من حيازته لأن هذا اخلال بوعده بانشاء حق الرهن .

---

(١) وبنـاء على ذلك اذا لم تكن هناك حقوق للغـير تعلقت بالشيء يستطيع المرتهن أن يقوم بالتنفيذ عليه تحت يد الراهن طبقا لعقد الرهن. ويكون متقدما على الدائنين العاديين . ولكنه لا يسـتطيع أن يتتبع الشيء تحت يد الغير لأن رهنه لا ينفذ فى مواجهة الغير الا اذا كان قد حاز الشيء فعـلا .

٢ – الالتزام بضمان سلامة الرهن

٤٢٤ – يلتزم الراهن بأن يضمن للمرتهن سلامة الرهن . أى أن يضمن له عدم حصول تعرض من الغير ، وعدم حصول تعرض منه هو شخصيا للدائن فى حيازته للشىء المرهون .

وضمان التعرض الحاصل من الغير يقتصر على التعرض القانونى، فكل حق يدعيه الغير ويكون من شأنه لو ثبت أن يؤثر على حق الرهن، يلتزم الراهن بدفعه .

أما التعرض المادى الذى يقع من الغير فلا يضمنه الراهن . فاذا اغتصب شخص حيازة الشىء المرهون من المرتهن أو سرقة منه ، فالراهن لا يكون مسئولا عن ذلك ، وعلى الدائن أن يدفع عن نفسه هذا التعرض المادى .

ويضمن الراهن كذلك ألا يقع التعرض من نفسه ، سواء كان تعرضا قانونيا أو ماديا . وبناء على ذلك اذا كان المرهون دينا مضمونا برهن عقارى ، فان الراهن يلتزم بأن يقوم بتسجيل الرهن العقارى الضامن للدائن ، لكى يحافظ بهذا على سلامة الرهن الذى قدمه لدائنه. واذا رهن أسهما يملكها فى رأس مال الشركة ، التزم بأن يقوم بقيد الرهن فى سجلات الشركة ليكون نافذا فى مواجهتها .

ويمتنع على الراهن أن ينتقص من الشىء المرهون ماديا ، لأن هذا يخل بسلامة الرهن ، فليس له أن ينزع بعض الأجزاء منه ويتصرف فيها، وليس له أن يتلف الشىء ، ولا أن يقوم بتحويل الحق المرهون الى شخص آخر ، ليضر بالدائن المرتهن ، ولا أن يتنازل عن جزء منه .

وقد نص على ذلك الفصل ١١١٩ : « من أنشأ رهنا لا يحق له أن يجرى أى فعل من شأنه أن ينقص قيمة المرهون عما كانت عليه عند ابرام الرهن ولا أن يمنع من مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح الدائن . — واذا كان المرهون دينا أو أى حق آخر مقررا فى ذمة الغير، لم يسغ للراهن بمقتضى اتفاقات مبرمة بينه وبين الغير انهاء أو تعديل الحقوق الناشئة من الدين أو الحق المرهون اضرارا بالدائن المرتهن وكل اشتراط يستهدف شيئا مما سبق يكون باطلا بالنسبة الى الدائن ما لم يرتضه » .

واذا هلك الشيء المرهون أو تعيب بفعل المدين ، كان للدائن أن يطلب الوفاء بحقه على الفور ، حتى لو كان مضافا الى أجل لم يحل بعد ، وذلك ما لم يقدم له المدين ضمانا آخر معادلا أو يكمل له الضمان (الفصل ١١٨٣) .

أما اذا كان هلاك الشيء بفعل الدائن فليس له أن يطالب بتأمين جديد ، بل ويحق للمدين أن يطالبه بتعويض عن الشيء الهالك . فاذا ما تحدد مبلغ التعويض الذى يجب أداءه الى المدين ، كان للدائن أن يحتفظ بهذا المبلغ تحت يده باعتباره مرهونا ، ويظل كذلك الى أن يحل أجل الدين فيستوفى حقه من هذا المبلغ ، وان تبقى شيء منه رده الى الراهن .

ولكن لا يعتبر اخلالا من الراهن بالتزامه أن تنزع ملكية الشيء أو يستولى عليه . اذ أن ذلك ليس بفعله . فلا يلتزم بتعويض الدائن عنه ، ولن ينتقل حق الدائن الى ما يحل محل الشيء من تعويض .

واذا كان الشيء المرهون أسهما أو سندات متداولة وانخفضت قيمتها بدرجة كبيرة . فان الراهن يلتزم بأن يكمل هذا الضمان من جديد

الى القدر المتفق عليه . واذا استهلكت هذه الأسهم كانت قيمة استهلاكها من حق المرتهن يحتفظ بها رهنا حيازيا الى أن يحين أجل دينه . واذاكان المرهون بضاعة مؤمنا عليها ضد الحريق ثم احترقت ، كان مبلغ التأمين من حق المرتهن ليمارس عليه أيضا رهنه الحيازى ويمكن أن يطلب الراهن ايداع هذه المبلغ خزينة المحكمة أو فى بنك الى أن يحل أجل الدين . وهذه الحالات المختلفة تعتبر تطبيقات لفكرة الحلول العينى ، حيث ينتقل الرهن دائما الى ما يحل محل الشىء الهالك هلاكا ماديا أو قانونيا ، من تعويض أو تأمين أو غير ذلك .

ثالثا — الجزاء على التزامات الراهن

٤٢٥ — اذا أخل الراهن بالتزاماته فان الدائن المرتهن يستطيع أن يواجه هذا الاخلال بوسائل مختلفة ، وهى :

١ — يستطع الدائن المرتهن أن يطلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا فاذا كان العقد وعدا بالرهن كان له أن يطالب بتسليم الشىء لكى يكتمل عقد الرهن الحيازى . واذا كان الراهن قد نزع بعض أجزاء الشىء لكى يتصرف فيها كان للمرتهن منعه من التصرف فيها وأن يطلب تسليمها اليه . واذا كان قد تصرف فعلا فى هذه الأجزاء كان للمرتهن أن يخطر المشترى بحقه عليها ليمنعه من استلامها ، اذ يصبح المشترى بهذا الاخطار سيىء النية ما يتسلم الأجزاء المراد بيعها اليه. واذا كان المشترى قد تسلمها فعلا كان للمرتهن أن يطلب تسليمه الثمن ليمارس عليه حق الرهن .

٢ — يستطيع الدائن المرتهن أن يطلب الحكم بسقوط أجل الدين، فيصبح الدين مستحق الأداء فى الحال . ويستطيع المدين الراهن أن يتفادى ذلك بتقديم ضمان جديد بتكملة الضمان الناقص .

٣ ــ يستطيع الدائن أن يطلب الحكم له بالتعويض المناسب عن اخلال المدين بالتزامه •

٤ ــ اذا كان المرهون شيئا مستقبلا ، ثم وجد الشيء ولم يسلمه الراهن الى الدائن ، جاز للدائن أن يطالب بتسليمه بناء على عقد الوعد بالرهن •

٢ ــ حقوق والتزامات الدائن المرتهن

٤٢٦ ــ للدائن المرتهن أن يحوز الشيء المرهون بنفسه . وأن يستوفى من ثماره دينه وأن يحسبه الى تمام السداد وأن يقوم بالتنفيذ عليه وهو يلتزم فى مقابل ذلك بأن يقوم بالمحافظة على الشيء المرهون ، وأن يخطر الراهن بما قد يصيبه أو يتعرض له ، وأن يقوم برده الى الراهن عند استيفاء الدين • وفيما يلى بيان ذلك •

اولا : حقوق الدائن المرتهن

٤٢٧ ــ سنتناول حقوق الدائن المرتهن بالترتيب التالى :

١ ــ حق المرتهن فى حيازة الشيء المرهون •

٢ ــ حق المرتهن فى حبس الشيء المرهون •

٣ ــ حق المرتهن فى التنفيذ على الشيء المرهون •

١ ــ حق حيازة الشيء المرهون

٤٢٨ ــ هذا الحق هو جوهر الرهن الحيازى . لأنه بدون حيازة الشيء المرهون لا يوجد هذا الرهن ابتداء . ولا يكون نافذا فى مواجهة الغير ان فقد المرتهن الحيازة • فالحيازة فى الرهن الحيازى تحقق فائدة فيما بين المتعاقدين هى اتمام انعقاد العقد وتمكين الدائن من ممارسة

حقوقه الأخرى . وتحقق فائدة أخرى بالنسبة الى الغير . هى اعلامه بوجود حق الرهن فيكون هذا الحق نافذا فى مواجهة الغير . واذا كانت وسيلة ذلك فى الرهن الرسمى هى التسجيل ، فان المنقول لا يمكن فى الغالب من الأحوال ايجاد نظام لتسجيله ، ولذلك فالبديل هو حيازة الشيء المرهون ذاته .

ومتى حاز الدائن الشيء المرهون ، فانه ليس للراهن أن ينزعه منه. وان فعل كان للدائن أن يسترده منه . ولكن اذا كان الدائن قد أساء استعمال الشيء أو استعمله لنفسه أو رهنه دون اذن من الراهن كان للراهن أن يطلب الشيء فى يد أمين أو أن يجبر الدائن على اعادة الشيء الى الحالة التى كان عليها عند انشاء الرهن . أو أن يسترد الشيء ويسدد الدين .

وقد يقبل الدائن أن يحوز الشيء غيره . كأن يحوزه دائن مرتهن آخر لحساب نفسه ولحساب الدائن الآخر باعتباره أمينا أو عدلا . أو يقبل أن يودع الشيء ابتداء لدى أمين . وقد سبق أن بينا أحكامه .

٢ — حق حبس الشيء المرهون

٤٢٩ — للدائن المرتهن بعد أن يحوز الشيء المرهون . أن يظل حابسا له ، وهذا أيضا من جوهر الرهن الحازى ، لأنه من أبرز المزايا التى يخولها هذا الحق للدائن. ويحبس الدائن الشيء حتى يستوفى أصل الدين وتوابعه ان كانت مستحقة والمصروفات الضرورية التى أنفقت من أجل المحافظة على المرهون والمصروفات الضرورية لاستيفائها من الرهن (الفصل ١١٩٩) .

ويكون الحبس من أجل الدين المضمون دون الديون الأخرى . التى للدائن على الراهن . فاذا كانت على الراهن ديون أخرى لم ينص

في عقد الرهن الحيازي على ضمانها بالمنقول المرهون . فلا يشملها الرهن ، ولا يكون للدائن بعد استيفاء دينه أن يحبس المنقول لاستيفاء هذه الديون . ويستوى أن تكون هذه الديون قد نشأت قبل أو بعد نشوء الرهن ، وأن تكون سابقة أو لاحقة على نشوء الدين المضمون (الفصل ١٢٠٣[1]) .

ويحبس الدائن المنقول المرهون من اجل الدين المضمون . ومن أجل كل جزء من هذا الدين . فاذا سدد المدين بعض الدين لا يجوز له أن يطلب تسليمه جزءا من المرهون يوازى ما سدد من الدين فالرهن كما قدمنا لايتجزأ. وتطبيقا لذلك نص الفصل١٣٠٢ من تقنين الالتزامات والعقود على أنه :

« لا يحق للمدين المتضامن أو للوارث الذى دفع حصته من الدين المشترك أن يطلب استرداد نصيبه من الشيء ما دام الدين لم يدفع بتمامه » .

---

(١) توجد صورة فى القانون الفرنسي وردت فى المادة ٢/٢٠٨٢مدنى هى صورة الرهن الضمنى ، وهو يوجد فى حالة ما اذا نشأ على نفس المدين الراهن (دون الكفيل العينى) دين ثان لنفس الدائن المرتهن ، وكان الدين الثانى غير مضمون برهن ، فان هذا الدين الثانى يكون من حق الدائن ان يحبس الشيء المرهون من أجله حتى يستوفيه هو والدين الأول ، اذا كان الدين الأول لم يسدد (فى راى) أو لم يصبح مستحق الأداء بعد (فى راى آخر) . وينتقد بعض الفقهاء الفرنسيون هذا الرهن ، وهو رهن لا يعطى للدائن حق التنفيذ لاقتضاء الدين الثانى مع الأول وانما يعطيه فقط حق حبس الشيء لاستيفاء الدينين .

انظر : بلانيول وريبير وبيكار : جـ ١٢ ـ القسم الأول ـ فقرة ١١٣ ـ ص ١٢٩ ـ ص ١٣٠

« وكذلك لا يحق للدائن المتضامن أو للوارث الذى قبض حصته من الدين أن يرد المرهـون اضرار ببـاقى الدائنين أو الورثة الذين لم يستوفوا حقوقهم بعد » .

فالرهن لا يتجزأ سواء من ناحية الدين المضمون أو الشيء المرهون. ولكن هذه القـاعدة وان كانت من طبيعـة الرهن الا أنها ليسـت من مستلزماته ، ومن ثم يمكن الاتفاق على غير ما تقضى به ، أى يمكن الاتفاق على أن يتجزأ الرهن . وقد نص المشرع على هذا المعنى ، وبعد أن قرره فى الفصل ١٢٠١ أورد المشرع تطبيقا على تجزئة الرهن فقال : « لا يلتزم الدائن برد الشيء المرهون للمدين أو للغير المـالك له ، الا بعد تنفيـذ الالتزام تنفيـذا كاملا ، ولو كان ذلك الشيء قابلا للتجزئة ، وكل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه .

« غير أنه اذا رهنت عدة أشياء منفصلة بعضها عن بعض ، بحيث يكون كل واحد منها ضامنا لجزء من الدين حق للمدين عندما يدفع جزءا من الدين أن يسترد الشيء المرهون المقابل لهذا الجزء » .

وهذه التجزئة منتشرة فى صـورة رهن البضائع للبنوك ضـمانا للقروض التى تمنحها .

وينصب حق الدائن المرتهن فى الحبس على الشيء المرهون ، وعلى توابعه وملحقاته ، وعلى ثماره التى يغلها ، سواء كانت ثمارا طبيعيـة أو صـناعية أو مدنية ، وتخضع هـذه العناصر كلها لحق الحبس بقوة القانون ولو لم ينص فى عقد الرهن على أن يشملها حق الرهن . ولكن يجوز أيضا الاتفاق على غير ذلك ، فيقتصر الرهن مثلا على الشيء دون ملحقاته أو دون ثماره . وقد جرى بهذا الحكم الفصل ١٢٠٠ من تقنين الالتزامات والعقود فى نصه التالى :

« يمتد الرهن بقوة القانون الى الثمار والتوابع التى تلحق الشىء المرهون فى الفترة التى يكون خلالها فى يد الدائن ، بمعنى أنه يثبت لهذا الأخير الحق فى أن يحبسها مع الشىء الأصلى ضمانا للوفاء بالالتزام .
واذا ورد الرهن على سندات لحاملها أو على أوراق مالية صناعية اعتبر الدائن مأذونا فى قبض الفوائد والأرباح الناتجة عنها وفى حبسها كما يحبس الشىء المرهون نفسه .

« وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بخلافه » .

٤٣٠ ـ واذا كانت التوابع والملحقات يشملها الرهن ما لم يتفق على خلافه ، فان العكس غير صحيح ، أى أن رهن الملحقات وحدها لا يتتبع شمول الرهن للشىء الأصلى . وهذا يدعو الى تحديد الأصل والملحقات بدقة . ويمكن القول أن الشىء الأصلى هو ما يمكن أن يقوم وحده ويؤدى الغرض المطلوب منه مستغنيا عن الملحقات ، أما الملحقات فلا تؤدى الغرض المنشود منها الا بوجود الشىء الأصلى .

وتطبيقا لذلك اذا رهنت سيارة نقل تتكون من عربة للجر (قاطرة) ومقطورة . فان عربة الجر تكون هى الأصل ، والمقطورة تابع أو ملحق . فاذا رهنت السيارة شمل ذلك الجزأين ، أما اذا رهنت المقطورة وحدها فلا يشمل ذلك عربة الجر (القاطرة) .

واذا هلك الشىء الأصلى بقى الرهن قائما على الملحق .

ويظل الدائن المرتهن حابسا للشىء فى مواجهة المدين الراهن أو الكفيل العينى حتى يستوفى حقوقه المضمونة ، ويمكن أن يمارس هذا الحبس أيضا فى مواجهة الدائنين الآخرين اذا كان رهنه نافذا فى مواجهتهم .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يمارس حق الحبس فى مواجهة من تنتقل اليه ملكية المنقول المرهون ، وهو الذى يسمى بالحائز ، ولكنه-

ليس حائزا للمنقول من الناحية المادية اذ أن الغرض هنا أن المنقول موجود فى حيازة الدائن المرتهن ، وانما هو يحوز الشىء حيازة معنوية فقط ، أما الحيازة المادية فهى للمرتهن • ومع أن المالك الجديد للشىء يحوزه حيازة معنوية بمقتضى حق الملكية الا أنه مع ذلك يسمى حائزا ، ويكون للمرتهن حيازة أن ينفذ على الشىء فى مواجهته . طالما أن حقه مستوف لشروط نفاذه فى مواجهة الغير ، وسيأتى بيانها بعد قليل •

واذا كان الراهن قد رهن شيئا لا يملكه وكان هذا الشىء منقولا ، فان الدائن فى القانون المصرى لا يكتسب حق الرهن طبقا لعقد الرهن لأن الراهن لا ولاية له فى ابرامه • ولكن يكتسب الدائن حق الرهن بالحيازة ، أى طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية • والحيازة كما هى سند للملكية سند لأى حق عينى آخر طالما أن حيازة هذا الحق قد توافر لها السبب الصحيح وحسن النية • فيجب اذن أن يكون المرتهن حسن النية لا يعلم أن المنقول مملوك لغير الراهن وأن يتوافر سبب صحيح وهو هنا عقد صادر من غير المالك ، وكان من شأنه لو صدر من مالك أن ينشىء الحق •

أما فى القانون المغربى فقد سبق أن رأينا أن المشرع لم يسمح بأن يترتب رهن حيازى على مال مملوك للغير عقارا أو منقولا الا اذا أقره المالك الأصلى أو اكتسب الراهن ملكية • (الفصل ١١٧٣) •

وحق الحبس مقرر للدائن من وقت وجود عقد الرهن وحق الرهن أى من وقت تسلمه للشىء المرهون ، ويظل قائما الى أن يحل أجل الدين المضمون ، بل والى أن يسدد اليه هذا الدين •

وكما يمارس الدائن المرتهن حق الحبس على الشىء المرهون يمارسه كذلك على الدين المرهون ، أى أنه اذا كان الراهن قد رهن له دينا ،

فان المرتهن يمارس حق الحبس على هذا الدين ، بأن يحتفظ بسند الدين لا يفرط فيه • ولذلك فان الدين الذى لا يوجد سند يثبته لا يمكن رهنه •

ويستطيع المدين بالدين المرهون أن يتمسك فى مواجهة المرتهن بالدفوع المتعلقة بهذا الدين المرهون سواء دفوع الانقضاء أو البطلان أو الشرط • وفى هذه الحالة لا يكون للدائن المرتهن الا الرجوع على الراهن لاخلاله بالالتزام بضمان سلامة الرهن •

وللمدين فى الدين المرهون كذلك الحق فى أن يتمسك فى مواجهة المرتهن بالدفوع الناشئة عن الدين المضمون ، أى الدفوع التى كان للمدين الراهن أن يتمسك بها • واذا نجح فى دعواه بها زال الرهن •

واذا نزع الشىء المرهون من المرتهن أو أخذ منه خفية كان له الحق فى استرداده من الغير الذى أخذه خلال ثلاثين يوما من يوم علمه بهذه الواقعة فاذا انقضى هذا الأجل سقط حقه فى تتبع الشىء (الفصلان ١٢٣٣ و ٢٩٧) • أما اذا كان يريد أن يسترد الشىء من المدين الراهن أو الكفيل العينى ، وكانت قد مضت مدة ثلاثين يوما ، فهو لا يسترد طبقا لقواعد حق الحبس ، وانما يطلب تنفيذ الالتزام بضمان سلامة الرهن تنفيذا عينيا • وما دام الشىء المرهون موجودا لدى الراهن فان التنفيذ العينى ممكن فى أى وقت ولا يسقط حق الدائن فى الاسترداد الا اذا كانت قد تعلقت بالشىء حقوق للغير بعد فوات مدة الثلاثين يوما • أما اذا كانت حقوق الغير قد ترتبت خلال هذه المدة فحق المرتهن حيازيا يفضل عليها ، لأن الحابس له التمسك بحقه قبل دائنى مدينه فى الحالات التى يمكن له فيها التمسك بهذا الحق ضد المدين نفسه (الفصل ٣٠٥) •

٣ — حق التنفيذ على الشيء المرهون

٤٣١ — لا يبدأ حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على الشيء المرهون الا عندما يحل أجل الدين . وعند ذلك يكون الدائن بالخيار بين أن يظل ساكنا محتفظا بالشيء المرهون محبوسا تحت يده ، وبين أن يقوم باتخاذ اجراءات التنفيذ على الشيء . أما قبل أن يحل أجل الدين فيكون للدائن حق حبس الشيء دون حق التنفيذ عليه .

ويبدأ التنفيذ على الشيء المرهون ، بأن يوجه الدائن المرتهن اعلاما رسميا الى المدين الراهن ، أو الى الكفيل العينى ، ينبه فيه بأنه اذا لم يتم سداد الدين ، أو ما تبقى منه خلال سبعة أيام من تاريخ هذا الاعلام مضافا اليها ميعاد المسافة ، فان الدائن سيقوم بالتنفيذ على الشيء المرهون . وهنا يحق للمدين أو للكفيل العينى أن يعترض خلال المدة المشار اليها أمام المحكمة المختصة ، وذلك باستدعاء الدائن للحضور فى جلسة معينة التاريخ ، ليبدى دفوعه ضد مطالبة الدائن . وبهذا الاعتراض من جانب المدين أو الكفيل العينى يوقف اجراء البيع ، حتى يتم الفصل فى الاعتراض . أما اذا قامت المدة المشار اليها ، ولم يعترض المدين أو الكفيل العينى ، أو اعتراضا ولكن قضى برفع التعرض الصادر منهما ، فان الدائن يحق له أن يطلب الى المحكمة الاذن ببيع الأشياء المرهونة (الفصل ١٢١٨) .

٤٣٢ — ويجوز أن يتفق الطرفان فى عقد الرهن أو فى اتفاق لاحق على اطالة مدة الأيام السبعة . ولكن لا يجوز الاتفاق على تقصيرها (الفصل ١٢١٩) .

واذا كان الرهن الحيازى واردا على عدة أشياء متميزة بعضها عن بعض ، فان للمدين أن يختار من بين هذه الأشياء ، ما يجرى التنفيذ عليه

أولا . بحيث يكون الشيء الذى اختاره أو الأشياء التى اختارها كافية للوفاء بالدين . فاذا لم يمارس المدين حقه فى الاختيار ، أو اختار شيئا لا يكفى للوفاء ، كان على الدائن أن يبدأ بالعمل على بيع الأشياء التى تتطلب مصروفات لصيانتها ، ثم الأشياء التى تكون فائدتها للمدين أقل، ثم الأشياء الأخرى فى حدود ما يقتضيه الوفاء بالدين . وليس للدائن أن يطلب الا بيع ما هو لازم للوفاء بالدين . فان تجاوز هـذا الحد بطل البيع بالنسبة الى ما تجاوزه فضلا عن الحق فى التعويض. (الفصل ١٢٢١ التزامات وعقود) .

ويجب على الدائن أن يخطر المدين أو الكفيل العينى بالبيع بمجرد حصوله (الفصل ١٢٢٢) .

ويكون المبلغ المتحصل من البيع حقا للدائن بقوة القانون فى حدود ما هو مستحق له ، وله أن يرجع بما تبقى من دينه على المدين ان لم يكف المتحصل من البيع للوفاء به . أما اذا فاض شيء من المتحصل ، فيجب على الدائن أن يسلمه الى المدين أو الكفيل العينى حسب الأحوال . ولكن قد تتعلق بهـذا الباقى حقوق لدائنين مرتهنين آخرين تالين فى المرتبـة ، وهؤلاء تجب مراعاة حقوقهم . ومراعاة حقوق هؤلاء تقتضى من الدائن الا يسلم الباقى الى الراهن ، وانما يودعه فى خزينة المحكمة لكى يحصل هؤلاء الدائنون على حقوقهم منه بترتيب أولويتهم . (الفصل ١٢٢٣) .

واذا كان الشيء المرهون نقودا كان للدائن أن يستوفى حقه منها، ويرد للراهن الباقى . أما اذا كا المرهون سندات لحاملها أو مثليات أخرى كان للمرتهن أن يستوفى حقه منهـا ان كانت من نفس نوع دينـه ، أما اذا اختلفت فعليه أن يسلك فى التنفيذ عليها الاجراءات سالفة الذكر (الفصل ١٢٢٤) .

ولا يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على الشيء المرهون عن غير طريق القضاء . ومن الصور التي قد يشترط فيها المرتهن ذلك ، صورتان هما : شرط الطريق الممهد ، وشرط تملك الشيء المرهون .

وشرط الطريق الممهد يسمح للمرتهن ببيع الشيء المرهون دون أن يلجأ الى القضاء ودون اتباع قواعد التنفيذ الجبرى . وهذا الشرط لا يقدر الراهن اعادة خطورة عواقبه عندما يتعاقد على الرهن . ولذلك أبطل المشرع هذا الشرط سواء كان قد ورد فيعقد الرهن ذاته أو فياتفاق لاحق . والبطلان هنا بطلان مطلق .

أما شرط تملك الشيء المرهون ، فيسمح للدائن بتملك الشيء بمجرد عدم الوفاء بالدين عندما يحين أجله . وهو كذلك باطل بطلانا مطلقا .

٤٣٣ — واذا اتفق الطرفان (الراهن والمرتهن) على أن يقوم الأمين الذى يحوز الشيء بتصفية الشيء المرهون وبيعه بغير اتباع الاجراءات التى نص عليها القانون اذا لم يف المدين بالدين ، فان هذا الشرط كذلك باطل بطلانا مطلقا سواء ورد فى عقد الرهن الحيازى أو فى عقد لاحق .

وقد نص على هذه الأحكام الفصل ١٢٢٦ فى فقرتين هما :

« كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن عند عدم الوفاء له بدينه فى أن يتملك المرهون أو أن يتصرف فيه بدون اتباع الاجراءات التى يقضى بها القانون يكون باطلا ولو جاء بعد العقد .

« ويبطل أيضا كل شرط ولو جاء بعد العقد يكون من شأنه أن يسمح للأمين عند عدم وفاء المدين بالدين بأن يصفى المرهون وأن يدفع للدائن دينه بغير اتباع الاجراءات التى يقضى بها القانون » .

وطبقا لهذا النص يقع البطلان دائما أيا كان الوقت الذى اشترط فيه هذا الشرط . ولكننا نرى أنه اذا تم ابرام الاتفاق بعد أن حل أجل الدين ، أى فى مرحلة التنفيذ فانه يكون صحيحا ، لأنه فى صورة تملك الشيء المرهون يكون بيعا فى مقابل الدين ، وفى صورة شرط الطريق الممهد يكون تفويضا للدائن فى بيع الشيء واقتضاء حقه من ثمنه وهذا وذاك جائز ، وليس فيه استغلال من الدائن لضعف المدين[1] .

ثانيا : التزامات الدائن المرتهن

٤٣٤ ـ يلتزم الدائن المرتهن بأن يحافظ على الشيء المرهون ، وبأن يخطر الراهن بما يتعرض له ، وأن يقوم برده عند سداد الدين أو انقضاء الرهن .

١ ـ الالتزام بالمحافظة على الشيء

٤٣٥ ـ يلتزم الدائن طبقا للفصل ١٢٠٤ من تقنين الالتزامات والعقود : « بأن يسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون ، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التى يحافظ بها على الأشياء التى يملكها » .

ويفيد هذا النص أن الدائن المرتهن يلتزم بعد تسلمه الشيء بأن يحافظ عليه . وهذا الالتزام التزام ببذل عناية . والعناية المطلوبة من المرتهن هى عنايته التى يحافظ بها على أشيائه الخاصة ، أى أن العناية تقدر هنا بمعيار شخصى . وما دامت العناية تقدر تقديرا شخصيا ، فانها

---

(١) يفرق القانون المصرى فى هذا الصدد بين وضع هذين الشرطين قبل أن يحل أجل الدين أو يحل قسط من أقساطه وفى هذه الحالة يعتبرهما باطلين ، وبين اشتراط أى من هذين الشرطين بعد أن يحل أجل الدين أو يحل أحد الأقساط ، فيعتبر الشرط صحيحا (المادة ١٠٥٢ مدنى) .

تكون متفاوتة بتفاوت الأشخاص . فالشخص الحريص تكون مسئوليته مشددة لأن عنايته كبيرة فى أمور نفسه . والشخص المتوسط فى صفاته تكون مسئوليته من درجة متوسطة هى مسئولية الشخص المعتاد ، فلا هى مشددة ولا هى مخففة . والشخص الأخرق المهمل فى شؤون نفسه تكون مسئوليته مخففة لأنه حتى فى أمواله الخاصة لا يبذل أكثر من هذه العناية القليلة التى يطبعها الاهمال بطابعه .

٤٣٦ — والى جانب مظاهر العناية المطلوبة منه ، هناك واجبات محددة يمليها عليه القانون تعتبر التزامات بتحقيق غاية . وهذه الالتزامات هى :

١ — اذا كان المرهون دينا ثابتا فى ورقة تجارية أو سند آخر ، وجب على الدائن أن يقوم بالمطالبة بهذا الدين فى ميعاد استحقاقه . وأن يستوفيه أصلا وتوابع . فاذا لم يقم المدين به بالسداد ، وجب على الدائن أن يتخذ الاجراءات القانونية التى ينص عليها القانون فى مواعيدها . فبالنسبة للورقة التجارية يقوم بتحرير برتستو عدم الدفع . واعلانه للضامنين والمدينين فى الورقة التجارية ، ورفع دعوى المطالبة ضدهم . وبالنسبة الى الحق الذى يتقادم بمضى مدة معينة يجب عليه أن يقوم بقطع التقادم حتى لا يسقط . فاذا قصر فى هذه الواجبات جاز الحكم عليه بتعويض للراهن . ويصلح مبلغ التعويض لممارسة حق الرهن الحيازى عليه ، فيحتفظ به المرتهن أو تأمر المحكمة بايداعه فى خزينتها أو فى أحد المصارف ، حتى يحين أجل الدين فيستوفى الدائن دينه من هذا التعويض . وفى الغالب يكون التعويض مساويا للدين المرهون الذى أضاعه الدائن المرتهن باهماله .وتقريرا لهذه المبادىء جاء الفصلان١٢٢٥ والفصل ١٣٠٥ فالفصل ١٢٢٥ يقضى بأنه : « اذا كان المرهون دينا على أحد من الغير جاز للدائن ما لم يمنعه الاتفاق من ذلك أن يستوفى الدين المرهون فى حدود ما هو مستحق له وبأن يقاضى عند اللزوم هذا الغير

مباشرة • ولا تبرأ ذمة الغير الا اذا دفع الدين المرهون للدائن المرتهن • والوفاء الحاصل منه يكون له نفس أثر الوفاء الحاصل من المدين الأصلى ••• » • أما الفصل ١٢٠٥ فيقضى بأنه :

« اذا كان المرهون أوراقا تجارية ، أو غيرها من السندات التى تتضمن ديونا يحل أجلها فى تاريخ محدد ، وجب على الدائن أن يستوفيها بالنسبة الى أصلها وتوابعها ، كلما حل أجل الوفاء بها ، وأن يتخذ كل الاجراءات التحفظية التى يتعذر على المدين القيام بها بنفسه بسبب عدم حيازته للسند » •

« وينتقل الامتياز على المبلغ المقبوض أو على الشىء محل الالتزام منذ حصول استيفائه واذا كان مؤدى هذا الالتزام تسليم عقار أو حق عقارى فان الدائن المرتهن رهنا حيازيا يكتسب على العقار حق الرهن الرسمى » •

وفى هذه الفقرة الأخيرة من النص ، يعرض المشرع صورة سند مرهون يتضمن الالتزام بتسليم عقار أو بانشاء حق عقارى • فالرهن بالنسبة الى السند يكون رهنا حيازيا ، أما بعد وجود الحق العقارى فان الرهن عليه يتحول الى رهن رسمى ، بمعنى أنه يجب أن يسجل الرهن فى السجل العقارى ، وأن يقوم الدائن بتسليم العقار أو الحق العقارى الى الراهن ، لأن الدائن المرتهن لا يحوز الحق المرهون رهنا رسميا وانما يحوزه الراهن •

٢ — على الدائن أن يؤدى النفقات اللازمة للابقاء على الشىء المرهون وله أن يرجع على المدين الراهن بعد ذلك • وهذه النفقات قد تكون أجرة المستودع الذى يحفظ الشىء فيه ، أو أجرة الحارس الذى يقيمه عليه أو قيمة الضرائب والرسوم المقررة على الشىء

أو مصروفات البروتستو والمطالبة القضائية بالنسبة الى الدين المرهون .
وهذه المصروفات لا شك فى أنها ضرورية ، ولكن لا يلتزم الدائن المرتهن بأن ينفق مصروفات نافعة أو كمالية على الشيء ، وأن فعل فليس الراهن ملتزما بها الا طبقـا لقواعد الاثراء بلا سـبب ويكون للدائن أن ينزع التحسينات دون أن يضر بالشيء . واذا قصر الدائن فى أداء هذه النفقات فسرق الشيء أو هلك أو نزع استيفاء للضرائب والرسوم ، فان الدائن المرتهن يكون مسئولا عن خطئه قبل الراهن ، ويلزم بالتعويض ويكون له أن يرتهن مبلغ التعويض كما تقدم لأنه يحل محل الشيء حلولا عينيا .

واذا أنفق الدائن هذه النفقات ، فانه يستطيع أن يطالب الراهن بها ولكن تسقط دعواه بالمطالبة بها بمضى ستة أشهر . يبدأ احتسـابها من تاريخ انقضاء عقد الرهن (الفصل ١٢١٧) .

٤٣٧ — وليس للدائن المرتهن أثناء حيازته للشيء وحبسـه اياه أن يستعمله لنفسه ، ولا أن يقوم باستغلاله واسـتثماره للحصول على دخل منه . فاذا كان المنقول المرهون سـيارة . ليس له أن يؤجرها ، ولا أن يستعملها لنفسـه فى الركوب ، الا اذا كان متفقا على ذلك مع الراهن . ولكن اذا كان الشيء يؤتى الثمار تلقائيا كما اذا كان حديقـة للفـاكهة . فان الدائن المرتهن يلتزم ضمن أعمـال المحافظة على الشيء أن يقـوم بتزويدها بالمـاء اللازم للرى ، والقيـام بما يلزم من تقليم أو تشذيب أو تطعيم أو غير ذلك مما يعرفه الفلاحون عن فلاحة البساتين .
ويلتزم بهذه الأعمال الدائن المرتهن لأنها ضرورية لحفظ الشيء المرهون والابقاء عليه .

وليس للدائن المرتهن أن يتصرف فى الشيء بأية طريقة . فليس له أن يرهنه لدين عليه ولا أن يتصرف فيه بعوض أو بغير عوض . الا اذا أذن له فى ذلك الراهن .

واذا خالف الدائن المرتهن عن ذلك ، كان للراهن — سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى — أن يطالب الدائن بالتعويض ، واذا هلك الشيء بقوة قاهرة قبل تسليمه للغير الذى تصرف اليه المرتهن كان المرتهن مسئولا عن هلاك الشيء بقوة قاهرة • وقد نص على ذلك الفصل ١٢٠٧ الآتى نصه : « لا يجوز للدائن أن يستعمل الشيء المرهون أو أن يرهنه للغير أو أن يتصرف فيه بأية طريقة أخرى لمصلحة نفسه ، ما لم يؤذن فى ذلك صراحة » •

« وعند الاخلال بهذا الالتزام يسأل الدائن حتى عن نتيجة الحادث الفجائى ، مع حفظ حق المدين أو الغير المالك للمرهون فى التعويض » •

وليس للدائن المرتهن أن يشترط اعفاءه من المسئولية عن الشيء المرهون ومثل هذا الشرط يكون باطلا ، وحتى لو كان الالتزام المضمون باطلا ، أو باطلا للابطال فان التزامات المرتهن بالمحافظة على الشيء وحراسته تبقى قائمة طبقا للفصل ١٢١٥ التالى نصه :

« يبطل الاشتراط الذى من شأنه اعفاء الدائن من كل مسئولية عن الشيء المرهون » •

« ابطال أو بطلان الالتزام الأصلى لا يبرىء ذمة الدائن من التزاماته المتعلقة بحراسة الشيء الذى سلم اليه على سبيل الرهن وبالمحافظة عليه » •

٢ — الالتزام باخطار الراهن بما يتعرض له الشيء

٤٣٨ — يجب على الدائن المرتهن أن يكون يقظا لكل ما يصيب الشيء المرهون فاذا لاحظ أن الشيء أو ثماره توشك أن تتعب أو تهلك ، كان عليه أن يخطر المدين فورا بما شاهده • فاذا لم يكن الراهن موجودا

أو سوف يصله الاخطار فى وقت متأخر يتفاقم فيه الضرر بالشيء ، كان على الدائن واجب آخر هو أن يلجأ الى القضاء للاذن له ببيع المرهون ، بعد اثبات حالة الشيء بواسطة خبراء وتقدير قيمته بواسطتهم. وتأمر المحكمة بالاحتياطات التى تراها لازمة للمحافظة على مصالح الأطراف .

وعندما يبيع الدائن الشيء المهدد بتلف أو هوك هو أو ثماره يتم التصرف فى حصيلة هذا البيع باحدى الطرق الآتية :

(ا) أن يحتفظ الدائن بالنقود لديه رهنا حيازيا الى أن يحل أجل الدين .

(ب) أن يطلب المدين ايداع النقود فى خزينة المحكمة أو خزينة أحد المصارف العامة أو فى الخزانة العامة .

(جـ) أن يطلب المدين تسليمه المبلغ اذا هو قدم للدائن شيئا آخر يعادله قيمة .

وقد نص على ذلك كله الفصل ١٢٠٦ من تقنين الالتزامات والعقود ، وهذه هى عباراته :

« اذا كان الشيء المرهون أو ثماره تنذر بالتعيب أو الهلاك وجب على الدائن أن يخطر المدين بذلك فورا . وللمدين هنا أن يسترد المرهون وأن يستبدل به شيئا آخر يساويه فى القيمة .

« واذا كان هناك خطر فى التأخير وجب على الدائن أن يستحصل من السلطة القضائية المحلية على الاذن ببيع المرهون ، بعد أن يعمد الى اجراء اثبات حالته وتقدير قيمته بواسطة من يعين لذلك من أهل الخبرة. وتأمر المحكمة بما تراه لازما من الاجراءات الأخرى للمحافظة على مصالح الطرفين » .

« ويحل الثمن الناتج من البيع محل الشيء المرهون غير أنه يسوغ للمدين أن يطلب ايداع هذا الثمن في خزينة عامة • أو أن يأخذه لنفسه في مقابل أن يسلم للدائن على وجه الرهن شيئا آخر تساوى قيمته الشيء الذى رهن فى الأصل » •

وعلى الدائن أن يخطر الراهن بكل أمر آخر يتعرض له الشيء كسرقته أو اغتصابه ، أو اقامة دعوى من الغير باستحقاقه •

٤٣٩ ــ واذا أهمل الدائن في واجباته هذه كان للراهن أن يطلب اما وضع المرهون في يد أمين ، أو أن يجبر الدائن على المرهون الى الحالة التى كان عليها عند انشاء الرهن ، أو أن يسترد المنقول المرهون ويفى بالدين قبل حلول الأجل (الفصل ١٢٠٨) • وتتقادم دعوى المدين أو الكفيل العينى ضد الدائن بسبب تعيب الشيء المرهون أو تغييره من حالة الى أخرى بمضى ستة أشهر (الفصل ١٩١٧/أ) • وتحتسب المدة من تاريخ رد الشيء الى الراهن •

٣ ــ الالتزام برد الشيء

٤٤٠ ــ ينشأ هذا الالتزام على عاتق الدائن المرتهن في حالات معينة هي :

(أ) اذا استوفى الدين وتوابعه •

(ب) اذا أبطل عقد الرهن •

(ج) اذا كان الرهن معلقا على شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط •

(د) اذا صدر حكم قضائى يلزمه بتسليم الشيء ، كما في حالة اساءته استعمال الشيء المرهون أو قيامه برهنه للغير دون اذن الراهن •

(هـ) اذا كان الرهن مضافا الى أجل أى مبرما لمدة معينة ، وانتهت المدة . ولذلك ينص الفصل ١١٧٦ بيانا لذلك على ما يلى :

« يصح أن ينشأ الرهن ابتداء من تاريخ معين أو الى تاريخ معين أو بشرط واقف أو فاسخ » .

(و) اذا تحقق سبب من الأسباب التالية : انقضاء الدين الأصلى — ابطال الدين الأصلى — النزول عن الرهن أو عن الدين الأصلى .

٤٤١ — والالتزام برد الشىء المرهون التزام بتحقيق غاية ، ولذلك لا يكفى لكى تبرأ منه ذمة الدائن المرتهن أن يثبت أنه بذل عناية كبيرة للرد ، ومع ذلك لم يستطع أن يحققه . بل انه لا تبرأ ذمته من هذا الالتزام الا بأن يتم الرد فعلا ، أو أن يثبت وجود سبب أجنبى حال بينه وبين رد الشىء .

ويجب أن يشفع الدائن المرتهن رد الشىء بتقديم حساب عما قبضه من ثماره ، لكى تخصم قيمة الثمار من الدين .

وينص الفصل ١٣٠٩ على ذلك حيث يقول : « بمجرد انقضاء الرهن يلتزم الدائن برد المرهون مع توابعه ، اما الى المدين واما الى الغير المالك للمرهون . كما يلتزم بأن يقدم له حسابا عما قبضه من ثماره » .

واذا لم ينفذ الدائن المرتهن الالتزام برد الشىء المرهون ، فاما أن يكون الشىء موجودا لديه أو أن يكون قد تصرف فيه الى الغير أو أن يكون قد هلك .

فاذا كان الشىء موجودا لديه ، كان للراهن أن يطالبه برده ، وله فى ذلك دعوى شخصية ناشئة من عقد الرهن الحيازى ، ودعوى عينية هى دعوى الاستحقاق التى تحمى حقه فى الملكية .

واذا كان الدائن قد تصرف فى المنقول المرهون الى الغير ، فان هذا الغير يستطيع أن يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فلا يستطيع الراهن أن يسترد الشىء منه ، ولا يبقى له الا أن يرجع على الدائن المرتهن بقيمة الشىء .

واذا كان الشىء قد هلك ، فاما أن يكون الهلاك بخطأ الدائن المرتهن أو بخطأ الرهن أو بخطأ من الغير أو بقوة قاهرة . فاذا هلك الشىء بفعل الدائن ألزم بتعويض للراهن ، ويستوى مع خطأه الشخصى الخطأ الصادر من تابعيه والأشخاص الذين يسأل عنهم والذى يؤدى الى هلاك الشىء . وله كما سبق أن يرتهن مبلغ التعويض المحكوم به[1] . واذا كان الهلاك بخطأ الراهن فهو يتحمل نتيجة خطئه ، ويكون عليه اما أن يقدم ضمانا آخر يرتضيه الدائن أو أن يفى بالدين فورا لأن أجل الدين يسقط هنا طبقا للفصل ١٣٩ الذى يقرر أن : « يفقد المدين مزية الأجل اذا أشهر افلاسه أو أضعف بفعله الضمانات الخاصة التى سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد أو لم يعط الضمانات التى وعد بها .. » . وبنفس المعنى يجرى نص الفصل ١١٨٣ وهو : « اذا هلك الشىء المرهون أو تعيب بفعل المدين ، كان للدائن أن يطلب الوفاء بحقه على الفور ، حتى لو كان مضافا الى أجل لم يحل بعد ، وذلك ما لم يقدم له المدين ضمانا آخر معادلا أو يكمل له الضمان » . واذا كان الهلاك بفعل الغير ، فلا يسأل عنه الدائن المرتهن ، بل يكون الرجوع على هذا الغير بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية . وأخيرا اذا كان الهلاك بقوة قاهرة . فان الدائن المرتهن لا يكون مسئولا عن هلاك الشىء الا فى حالتين :

---

(١) جاء فى الفصل ١١٨٢ انه « اذا تعيب المرهون بسبب لا يعزى لخطأ الدائن لم يكن له ان يطلب ضمانا تكميليا ما لم يتفق على غير ذلك » . واغلب الظن ان هذا النص قد وقع خطأ فى نقله فى المطبوعات الموجودة بين ايدينا ، وان صحته هى انه اذا تعيب المرهون بسبب يعزى لخطأ الدائن .

الأولى أن يكون قد أصبح فى حالة مطل بالنسبة الى تنفيذ الالتزام بالرد. والثانية أن يكون قد صــدر منه خطأ . كأن تصرف فى الشىء بغير اذن الراهن أو استعمله لنفسه بغير اذنه . واذا لم يقع شىء من ذلك فان القوة القاهرة تعفى الدائن المرتهن من الالتزام بالرد ، وعبء اثباتهــا يقع على عاتق الدائن المرتهن . واذا أدرج فى عقد الرهن نص يحمل لدائن المرتهن نتيجة القوة القاهرة كان باطلا .

وقد نص على هذه الأحكام الفصل ١٢١١ القائل : « يضمن الدائن هلاك المرهون وتعيبه . اذا حصل بفعله أو بخطــأه أو بفعل أو خطــأ الأشخاص الذين يسأل عنهم » .

« وهو لا يضمن الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، الا اذا حصلا بعد أن أصبح فى حالة مطل أو بعد أن صدر منه خلل ، ويقع عليه عبء اثبات الحادث الفجائى والقوة القاهرة .

« ويبطل الشرط الذى يكون من شأنه أن يحمل الدائن نتيجة القوة القــاهرة » .

وفى حالة خطأ الغير والقوة القاهرة والسبب الأجنبى عن ارادة المدين بصــفة عامة الذى يؤدى الى هلاك الشىء لا يســقط أجل الدين بقوة القانون ، بل يكون للدائن أن يطلب ضمانات تكميلية ، فاذا لم تقــدم كان له أن يطلب تنفيذ الالتزام على الفور (الفصل ١٣٩/٢) .

واذا التزم الدائن المرتهن بقيمة الشىء المرهون فى حالة من الحالات آنفة الذكر ، فان الشىء يحسب بقيمته وقت تسليمه اليه ، الا اذا اقتضى الأمر منح تعويض أكبر للراهن . وهــذا هو حكم الفصــل ١٢١٢ : « يضمن الدائن الشىء المرهون ، فى حدود قيمته وقت تسليمه اليه دون اخلال بالحق فى تعويض أكبر ان اقتضى الحال » .

٤٤٢ — واذا أوفى المدين الذين ووضع الدائن الشيء المرهون تحت تصرف الراهن فلم يتسلمه وصار فى حالة مطل فى تسلمه فلا يكون الدائن مسئولا عن هلاك الشيء ، الا باعتباره مجرد أمين ، أى يسأل طبقا لأحكام عقد الوديعة ، وقد سبق بيانها فى الكلام عن الأمين • وينطبق نفس هذا الحكم اذا طلب من الدائن أن يبقى محتفظا بالمرهون • (الفصل ١٢١٣ من تقنين الالتزامات والعقود) •

واذا كان الشيء المرهون قد أنفقت عليه نفقات للمحافظة عليه أو سبب للدائن المرتهن خسائر أو اضرارا بغير خطأ منه ، فان الراهن يلتزم بأداء هذه النفقات اليه عند رد الشيء المرهون اليه (الفصل ١٢١٦) •

واذا كان المرهون دينا ، فان الرد يكون بتسليم السند الى الراهن واخطار المدين به بزوال الرهن ، ليمتنع عن الوفاء به الى الدائن المرتهن •

المطلب الثانى

آثار الرهن الحيازى بالنسبة الى الغير

٤٤٣ — يعتبر من الغير بالنسبة الى الرهن الحيازى كل من له حق يتأثر بوجود حق الرهن • فالدائنون العاديون والدائنون المرتهنون الآخرون والخلف الخاص للراهن ، والحائز كل أولئك يعتبرون من الغير • وهؤلاء يمكن أن يكون الرهن ساريا فى مواجهتهم فتتأثر حقوقهم به ، أو الا يكون ساريا •

ولكى يكون الرهن ساريا فى مواجهة هؤلاء يجب أن يكون مكتوبا وله تاريخ ثابت سابق على نشوء حقوقهم ، وأن تكون حيازة الدائن للشيء المرهون أيضا سابقة على حقوقهم •

ويجب أن يتضمن المحرر ثابت التاريخ بيانا للمبلغ المضمون والأجل الذى يستحق فيه ، ونوع وطبيعة المرهون وصنفه وبيانات كافية للتعرف عليه بدقة . ويمكن أن يبين ذلك كله فى عقد الرهن أو فى محرر آخر يلحق به .

وتقريرا لهذا الحكم جاء بالفصل ١١٩١ : « ومع ذلك فبالنسبة للغير لا يتقرر الامتياز الا اذا وجدت حجة مكتوبة وثابتة التاريخ تتضمن بيانا عن المبلغ المستحق ووقت حلول الأجل أو ثبوت الاستحقاق ونوع وطبيعة الأشياء المرهونة وصنفها ووزنها وقياسها على وجه يمكن معه التعرف عليها بدقة ، ويسوغ ذكر هذا البيان فى عقد الرهن نفسه أو فى رسم ملحق به » .

٤٤٤ ــ ولكن لا تلزم الكتابة اذا كانت قيمة الدين المضمون لا تزيد على مائتى درهم ، وكانت قيمة الشىء لا تزيد كذلك عن هذا القدر . (الفصل ١١٩٢ ــ ظهير ٦ فبراير ١٩٥١) .

ولما كان تعدد الرهون على المنقول الواحد جائزا ، فان مراتب هؤلاء الدائنين تتحدد بحسب تواريخ نشوء رهونهم بشرط أن تكون ثابتة التاريخ . وتتحقق حيازة الشىء بأن يسلم الى أمين يحوزه لحساب الجميع ، أو بأن يحوز المرتهن الأول الشىء لحساب نفسه ولحساب الدائنين المرتهنين الآخرين ، ولو لم يقبل ذلك . ولذلك ينص الفصل ١٢٢٨ على أنه :

« يجوز لمن رهن شيئا أن ينشىء عليه رهنا آخر ذا مرتبة ثانية . وفى هذه الحالة يحوز المرتهن الحيازى الأول الشىء المرهون لحساب المرتهن الثانى ، كما يحوزه لحساب نفسه وذلك ابتداء من الوقت الذى يخطر فيه بطريقة قانونية من المدين أو من المرتهن الثانى ان كان يعمل

بإذن المدين ، بوجود الرهن الثانى ، وموافقة المرتهن الأول غير لازمة لصحة الرهن الثانى » .

« ويطبق هذا الحكم أيضا فى الحالة التى يكون المرهون فيها قد سلم الى أمين » .

ويترتب على نفاذ الرهن فى مواجهة الغير أن يكون للدائن المرتهن حق التقدم وحق التتبع . ونعالج فى فقرتين هذين الحقين :

١ - حق التقدم

٤٤٥ - يتقدم الدائن المرتهن الأسبق فى ثبوت تاريخ رهنه وفى حيازة الشىء المرهون ، على سائر الدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة ، وهم أولئك الذين ثبتت تواريخ رهنهم بعده . فيستوفى حقه من ثمن الشىء أولا ، واذا تبقى شىء أعطى منه صاحب المرتبة الثانية ثم صاحب المرتبة الثالثة وهكذا . واذا كان مفضلا على الدائنين اللاحقين عليه فى المرتبة ، فانه من باب أولى يفضل على الدائنين العاديين ولو كانت ديونهم ثابتة التاريخ قبل ثبوت تاريخ دينه وتسلمه للشىء المرهون . فالفصل ١١٨٤ يعرف الرهن الحيازى للمنقول بأنه « يول للدائن الحق فى أن يحبس الشىء المرهون الى تمام الوفاء بالدين وأن يبيعه عند عدم الوفاء به وأن يستوفى دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أى دائن آخر » .

كذلك يقضى الفصل ١٢٢٥ فى فقرته الثانية بالنسبة الى رهن الديون بأنه : « اذا تعدد المرتهنون حيازيا ثبت حق استيفاء الدين المرهون للسابق منهم فى التاريخ ، وعلى هذا الأخير أن يخطر المدين الأصلى فورا باستيفاء الدين أو بالمطالبة القضائية التى يباشرها » .

ومتى باع الدائن المرتهن ذى الأفضلية المطلقة على الآخرين ، الشيء المرهون باتبــاع الاجراءات القــانونية ، فان الشخص الذى انتقل اليه الشيء نتيجة هــذه الاجراءات يتملك الشيء مطهرا من حقوق الدائنين المرتهنين التالين فى المرتبة . أما حقوق هؤلاء المرتهـين فهى تنتقــل الى ما يتبقى من الثمن بعد استيفاء الدائن ذى المرتبة الأولى لدينه . وقــد قضى بهذا الفصل ١٢٤٠ قائلا : « بيع المرهون الحاصل على وجه قانونى صحيح من الدائن السابق فى التاريخ ينهى حقوق الرهن المنشــأة عليه لصالح دائنين آخرين ، مع عدم الاخلال بحقوق هؤلاء على المتحصل من البيع اذا بقى منه فائض » .

واذا تم البيع بواسطة دائنين مرتهنين متأخرين مرتبة ، فان هــذا لا يفقد الدائن ذى المرتبة الأولى حقــه فى التقــدم ، بل يبقى له هذا الحق على المبلغ المتحصل من البيع ، فليس له اذن أن يتعرض على البيع الحاصل منهم . ولكن يكون له الاعتراض فى حالة ما اذا كانت قيمــة الشيء غير كافية للوفاء بدينه ، أو كانت كافية ثم أصبحت بعد الرهن غير كافية . وفى هذا المعنى يقول المشرع فى الفصل ١٢٣١ :

« ليس للدائن المرتهن رهنا حيازيا أن يتعرض على الحجز أو على البيع الجبرى الواقع على المرهون من دائنين آخرين ، غير أنه يحق له أن يجرى تعرضا فى مواجهة الدائنين الحاجزين فى حدود المبلغ المستحق له ، من أجل أن يباشر امتيازه على المتحصل من البيع .

« وله أيضا أن يتعرض على الحجز أو على البيع اذا كانت قيمــة المرهون من أول الأمر غير كافيــة للوفاء بالدين المضمون أو أصبحت غير كافية بعد الرهن » .

وبمقتضى حق التقدم يكون الدائن ذى المرتبة الأسبق مفضلا على التالين له فى استيفاء أصل الدين وتوابعه والمصروفات الضرورية للمحافظة على الشيء المرهون والمصروفات الضرورية لانشاء الرهن .

أما التعرض المستحق للدائن عن ضرر سببه له الشيء المرهون ، ومصروفات المطالبة القضائية الموجهة ضد المدين ، فهذه لا تكون مضمونة بالرهن ، وانما يرجع بها الدائن باعتبارها التزاما شخصيا على المدين طبقا للقواعد العامة (الفصل ١١٩٩) .

ويتقدم الدائن الأسبق مرتبة على غيره فى استيفاء حقه من ثمن الشيء ومن ثمار الشيء فهى كذلك ضامنة لحقه .

٤٤٦ ــ وقد لاتكون حصيلة بيع الشيء مساوية للدين المضمون. فاذا كانت أقل من الدين ، كان للدائن المرتهن أن يرجع على المدين بما تبقى له ، وهو يرجع بالباقى باعتباره دائنا عاديا به لا دائنا مرتهنا . فلا يتقدم على أحد بل يتساوى مع غيره من الدائنين العاديين ، ويتقدم عليه الدائنون المرتهنون لأموال المدين الأخرى . أما اذا كانت حصيلة البيع أكثر من الدين فالزيادة تؤول الى الدائنين التالين فى المرتبة ، فان لم يوجدوا آلت الزيادة الى الراهن .

واذا تساوى الدائنون المرتهنون فى المرتبة كأن كانت ديونهم ناشئة من عقد واحد ارتهنوا الشيء بمقتضاه ، فانهم يتحاصون فى ثمن الشيء أى يأخذ كل منهم بنسبة دينه الا اذا اتفقوا على غير ذلك كأن يتفقوا على أن يتم الوفاء لأحدهم . وقد نص على ذلك الفصل ١٢٢٩ بقوله : « والمرتهنون حيازيا فى مرتبة واحدة يتحاصون فى الثمن فيما بينهم . والكل ما لم يقض الاتفاق بخلافه .

واذا هلك الشىء أو نزعت ملكيته واستحق تعويض أو مقابل له ، فان حقوق المرتهنون تنتقل الى ماحل محل الشىء من نقود ، وتنتقل بنفس مراتبها السابقة ، فيبقى الدائن الأسبق مرتبة متقدما على غيره فى الحصول على حقه من التعويض أو المقابل • وقد ورد ذلك فى الفصل ١١٨١ ونصه: « يمتد الرهن الحيازى بقوة القانون الى التعويضات المستحقة على الغير بسبب هلاك المرهون أو تعيبه أو بسبب نزع ملكيته للمنفعة العامة[1] ، وللدائن أن يتخذ كل الاجراءات التحفظية لحفظ حقه فى مقدار التعويضات » •

٢ ـ حق التتبع

٤٤٧ ـ يخول الرهن الحيازى للدائن المرتهن حق تتبع الشىء المرهون • والتتبع قد يكون ماديا وقد يكون معنويا • فهو يتتبع الشىء ماديا اذا خرج من يده بغير ارادته • وقد نص على هذا الحق الفصل ١٢٣٢ بالعبارة :

« للمرتهن حيازيا الذى ينتزع منه حيازة المرهون برغم ارادته أن يسترده من يد المدين أو من يد أى شخص من الغير حسب ما هو مقرر فى الفصل ٢٩٧ » أى خلال ثلاثين يوما من وقت انتقال الشىء الى الغير •

ويكون التتبع معنويا اذا كان هناك مالك جديد للشىء ، ولكن حق الرهن كان أسبق نشوءا من حقه ، فيكون للدائن المرتهن الحق فى أن يتخذ اجراءات التنفيذ على الشىء فى مواجهة هذا المالك • وهو بذلك يتتبع الشىء ، ولكن لما كان الشىء فى حيازته هو من الناحية المادية ، فان تتبعه فى مواجهة هذا المالك يكون تتبعا معنويا فحسب•

---

(١) يقابله الاستيلاء بالنسبة للمنقول .

المبحث الثالث

انقضاء الرهن الحيازى على المنقول

٤٤٨ ـ ينقضى الرهن الحيازى اما بصفة أصلية أو بصفة تبعية • فهو ينقضى بصفة أصلية اذا انقضى الرهن وحده وبقى الدين المضمون قائما • وينقضى بصفة تبعية اذا زال الدين الأصلى المضمون أو انقضى فينقضى الرهن بالتبعية •

ونقسم هذا المبحث الى مطلبين لبيان طرق الانقضاء وهما :

المطلب الأول : انقضاء الرهن الحيازى بصفة اصلية •

المطلب الثانى : انقضاء الرهن الحيازى بصفة تبعية •

المطلب الأول

انقضاء الرهن الحيازى بصفة اصلية

٤٤٩ ـ ينقضى الرهن الحيازى بصفة أصلية فى الحالات الآتية :

١ ـ النزول عن الرهن •

٢ ـ هلاك الشىء المرهون هلاكا كليا •

٣ ـ اتحاد الذمة •

٤ ـ فسخ حق الطرف الذى أنشأ الرهن •

٥ ـ انقضاء الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ الذى علق عليه الرهن •

٦ — حوالة الدين بدون اشتراط الرهن •

٧ — بيع المرهون بيعـا صحيحا بناء على طلب دائن سـابق فى التاريخ •

وقد وردت هذه الطرق فى الفصـل ١٢٣٤ . ونتناولها بالبيـان فيما يلى :

٤٥٠ — ١ — النزول عن الرهن :

ينقضى الرهن اذا تنازل عنه الدائن المرتهن • والنزول هنا يعـادل الابراء فى نظرية الالتزامات ، ولكنه يكون نزولا عن حق الرهن مع بقاء الدين قائما ، فالنزول عن الرهن لا يتضمن الابراء من الدين ، بل يظل الدين قائما بغير رهن يضمنه •

وتشترط فى النزول أهلية التبرع . فيجب أن يكون المرتهن كامل الأهلية ، فاذا كان ناقص الأهلية كان نزوله باطلا بطونا مطلقا •

والنزول عن الرهن اما أن يكون صريحا أو أن يكون ضـمنيا • فالنزول الصريح يكون بافصـاح المرتهن عن ارادته فى التخلى عن حق الرهن • والنزول الضمنى يستنتج من سلوك المرتهن ، فاذا تخلى للراهن عن الشىء المرهون أو تخلى عنه لشخص عينه الراهن اعتبر ذلك نزولا عن حق الرهن • ولكن يجب أن تكون دلالة هذا المسلك على النزول مؤكدة • فاذا تبين أن المرتهن انما سلم الشىء للراهن لتمكينه من القيام بعمل معين تقتضيه مصلحة الطرفين فلا يفترض النزول عن الرهن هنا ، لأن التخلى هنا لا يفيد ارادة ضـمنية (الفصـل ١٢٣٥) • فاذا كان المرتهن بنكا والراهن مصنع نسيج رهن منسوجات ينتجها لصالح البنك،

ثم طلب المصنع أن يتسلم المنسوجات لكى يجرى عليها عمليات الصباغة ، فسلمها اليه البنك ، فان هذا لا يفسر على أنه تنازل عن الرهن • واذا وافق المرتهن على تصرف الراهن فى الشيء المرهون ، فان هذا لا يحمل على أنه نزول عن الرهن وانما ينتقل حق المرتهن الى الثمن أو الشيء المرهون ، أما اذا كان تصرف الراهن تبرعا ، فان اقرار الدائن لهذا التصرف يعتبر نزولا عن الرهن لأنه لا يوجد مقابل ينتقل اليه حق الرهن •

والنزول عن الرهن يختلف عن النزول عن مرتبة الرهن • فالنزول عن الرهن يقضى حق الرهن نهائيا • أما النزول عن المرتبة فيبقى فيه الرهن قائما ولكن يتأخر الدائن فى المرتبة ليحل محله دائنا ذا مرتبة متأخرة • وهذا النزول عن المرتبة تلزم فيه الأهلية أيضا ، ونظرا لأنه يكون فى الغالب بمقابل يحصل عليه المتنازل فهو لا تلزم فيه أهلية التبرع بل تكفى فيه أهلية التصرف بعوض ، أى أنه اذا كان المرتهن المتنازل عن مرتبته ناقص الأهلية كان نزوله قابلا للابطال لمصلحته • ويشترط فى النزول عن المرتبة ألا يضر بالدائنين المرتهنين الذين يتوسطون مرتبة المتنازل ومرتبة المتنازل له • فيترتب على النزول عن المرتبة أن يحل المتنازل له محل المتنازل فى حدود قيمة دين المتنازل فاذا كان المتنازل له دائنا بأربعة آلاف والمتنازل دائنا بألف ، فان المتنازل له يتقدم الى المرتبة الأسبق فى حدود الألف فقط ، ويبقى فى مرتبته المتأخرة بالنسبة الى الثلاثة الآلاف الأخرى ، ويبقى معه فى هذه المرتبة المتأخرة كذلك الدائن المتنازل ليحصل فيها على دينه (ألفا) اذا تبقى له شيء بعد أصحاب المراتب المفضلة •

٤٥١ ـ ٢ ـ هلاك الشيء المرهون هلاكا كليا :

لا شك في أنه اذا هلك الشيء المرهون هلاكا جزئيا لا ينقضي حق الرهن بل يبقى قائما على الجزء الباقي وعلى الثمار . ويكون للدائن أن يطالب بضمان تكميلي • أما الذي يقضي حق الرهن فهو هلاك الشيء هلاكا كليا ، وقد سبق أن قلبنا النظر في كل أوجه هلاك الشيء وبينا الحكم فيها جميعا •

وقد يكون المرهون حقا ، فينقضي الرهن بانقضائه ، كما اذا رهن حق انتفاع ومات المنتفع فانقضى الانتفاع فان الرهن ينقضي بزوال محله ، اذ الهلاك هنا هلاك قانوني •

وقد نص الفصل ١٣٣٦ على حكم الهلاك فقال : « ينقضي الرهن بفقد الشيء أوهلاكه مع حفظ حق الدائن على مايتبقى من الشيء المرهون أو من توابعه وعلى التعويضات التي قد تستحق على الغير بسبب هذا الفقد أو الهلاك » •

٤٥٢ ـ ٣ ـ اتحاد الذمة :

ينقضي الرهن باجتماع ملكية الشيء المرهون والحق المضمون في يد شخص واحد . هذا الشخص قد يكون هو الدائن المرتهن اشترى الشيء المرهون لنفسه فقضى بذلك حق الرهن . ولا يجوز له أن يشتري الشيء بثمن هو دينه لأن هذا يعتبر صورة من صور شرط تملك المرتهن للشيء المرهون وهو باطل • ولكن يجوز شراء الشيء بالدين اذا حل أجل الدين • وقد يكون اتحاد الذمة في شخص الراهن يشترط الدين لنفسه فيقضي حق الرهن • وقد يكون شخص أجنبي اشترى الدين من الدائن والشيء المرهون من الراهن فوقع اتحاد الذمة في شخصه •

وهناك حالات لا يؤدى فيهـا اتحاد الذمة الى انقضـاء الرهن ، وهى :

(ا) اذا كان هناك دائنون مرتهنون آخرون للمالك الســابق • فان رهونهم لا تزول ، واذا انقضى رهن الدائن الذى اتحدث فى شخصه الذمة فان هؤلاء الدائنين سينزعون منه الشىء ببيعه واقتضاء حقوقهم • ولذلك فان القانون أبقى له على رهنه رغم اتحاد الذمة لكى يمارس حقه فى التقدم عليهم•فقال فى الفصــل ١٢٣٧ : « ينقضى الرهن اذا اجتمع حق الرهن وحق الملكية لشخص واحد ، ومع ذلك لا ينقضى الرهن بهذا الاجتماع ، ويحتفظ المرتهن الذى أصبح مالكا للمرهــون بامتيازه عليه اذا تزاحم معه دائنون آخرون للمالك الســابق وطالب هؤلاء باستيفاء ديونهم من الشىء الذى فى يده » •

(ب) اذا كان الدائن المرتهن قد رهن الشىء المرهون الى دائن له باذن من الراهن ، ثم اشترى الشىء من الراهن فكان اتحاد الذمة ، فان هذا يقضى حق الدائن المرتهن الذى اشــترى الشىء ، ولا يقضى حق الدائن الثانى اذ يبقى رهنه رغم اتحاد الذمة •

(جـ) اذا تبين أن العقد الذى اشــترى به المرتهن الشىء باطل أو كان قابلا للابطــال ثم أبطل فان اتحاد الذمة يزول بأثر رجعى • ويعود حق الرهن المقرر له الى الظهور من جديد •

٤٥٣ ـ ٤ ـ فسخ حق الطرف الذى انشأ الرهن :

يمكن فسخ عقد الرهن لأسباب مختلفة منها :

١ ـ أن يسىء الدائن المرتهن استعمال الشىء فيطالب المدين الراهن سلمه الشىء مقابل سداد الدين فورا • ففى هذه الحاله يكون المدين قد فسخ عقد الرهن وتتيجة لذلك يطالب بالاسترداد •

٢ — أن يستحق للغير جزء من الشيء المرهون فينقضي الضمان فيتمسك الدائن المرتهن بسقوط أجل الدين ويطالب به . ومعنى اسقاط الأجل انه فسخ عقد الرهن .

وهنا ينقضي الرهن ويبقى الدين قائما بلا ضمان .

٤٥٤ — ٥ — انقضاء الأجل وتحقق الشرط الفاسخ :

يمكن أن يعلق الرهن على أجل واقف أو فاسخ . ففي حالة الأجل الواقف لا يسري الا من تاريخ معين . وفي حالة الأجل الفاسخ ينقضي الرهن في تاريخ معين . وبحلول الأجل الفاسخ ينقضي الرهن ويبقى الدين غير مضمون .

كذلك يمكن أن يعلق الرهن على شرط واقف أو فاسخ . فان تحقق الشرط الفاسخ زال الرهن بأثر رجعي وبقي الدين غير مضمون .

٤٥٥ — ٦ — حوالة الدين دون اشتراط الرهن :

يقضي الفصل ٢٠٠ من تقنين الالتزامات والعقود بأن :

« حوالة الحق تشمل توابعه المتحتمة له كالامتيازات ، مع استثناء ما كان منها متعلقا بشخص المحيل . وهي لا تشمل الرهون الحيازية على المنقولات والرهون الرسمية والكفالات الا بشرط صريح » .

ومؤدى هذا النص أن الرهن الحيازي على المنقول لا ينقل الى المحال له بالحق المضمون الا اذا نص على ذلك في الحوالة . فاذا لم ينص فيها على انتقال الرهن انقضى الرهن . وانتقل الدين دينا عاديا .

٤٥٦ — ٧ — بيع المرهون بيعا صحيحا :

اذا قام الدائن ذي المرتبة الأسبق ببيع الشيء المرهون متبعا الاجراءات القانونية ، فان الرهون الاخرى على نفس الشيء تنقضي .

وينتقل الشيء الى مشـــتريه مطهرا من كل الحقوق العينية ولا يكون لهؤلاء الدائنين المرتهنين الا الرجوع على الثمن المدفوع بعد حصول الدائن الأسبق على حقه •

المطلب الثانى

انقضاء الرهن الحيازى بصفة تبعية

٤٥٧ ــ ينقضى الرهن الحيازى بصفة تبعية اذا زال أو انقضى الدين الأصلى ، فينقضى الرهن بالتبعية له ؛ لأنه كما قدمنا فى خصائصـــه حق تابع •

والدين الأصلى يزول اذا بطل العقد الذى أنشأه أو كان من أول الأمر باطلا أو اذا كان دينا معلقا على شرط واقف فتخلف الشرط فلم ينشأ الدين ، أو كان دينا معلقا على شرط فاسخ وتحقق الشرط فزال الدين ، ففى هذه الحالات ينقضى الرهن بالتبعية لزوال الدين •

كذلك اذا نشأ الدين الأصلى صحيحا نافذا ولكنه انقضى الرهن بالتبعية • وعلى ذلك ينقضى الرهن الحيازى فى الحالات التالية التى ينقضى فيها الدين المضمون :

٤٥٨ ــ ١ ــ الوفاء : فمتى اســتوفى الدائن كل حقوقه انقضى حق الرهن • ولكن يجب أن يكون الوفاء صحيحا • فاذا تبين فيما بعد أنه كان وفاء باطلا أو قابلا للابطال وأبطل فان الدين يظهر من جـــديد ويظهر معه الرهن • وبهذا المعنى جرى (الفصل ١٣٣٩) كما يلى :

« يعود الرهن مع الدين فى جميع الحالات التى يتقرر فيهـــا بطلان الوفاء الحاصـــل للدائن مع عدم الاخلال بالحقوق المكتســـبة على وجه قانونى صحيح للغير الحسنى النية فى الفترة الواقعة ما بين حصول الوفاء وبطلانه » •

ويلاحظ هنا التحفظ الوارد فى النص الخاص بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية على الشىء الذى كان مرهونا ، فان عودة حق الرهن لا تمس بحق الغير حسن النية ، فيبقى هـذا الغير مقـدما على الدائن المرتهن ومفضلا عليه .

٤٥٩ ــ ٢ ــ التجديد : اذا انقضى الدين باستبداله بدين جديد يحل محله فان الرهون الضامنة للدين القديم لا تنتقل الى الدين الجديد الذى حل محله بل تنقضى ، وعلى الدائن اذا أراد الاحتفاظ بها أن ينص فى الاتفاق على التجديد على بقائها صراحة (الفصل ٣٥٥) . واذا اتفق على انتقال الرهن فى وقت لاحق على التجديد فان الحقوق التى ترتبت للغير فى هذه الفترة تكون سارية فى واجهة الدائن .

٤٦٠ ــ ٣ ــ المقاصة : اذا انقضى الدين بالمقاصة بين حق للمدين الراهن وحق للدائن المرتهن قبل بعضهما ، انقضى بالتبعية حق الرهن .

٤٦١ ــ ٤ ــ اتحاد الذمة : اذا انقضى الدين باتحاد الذمة انقضى معه الرهن . ولكن اذا زال اتحاد الذمة وظهر الدين من جديد ، فالرهن كذلك يظهر معه .

٤٦٢ ــ ٥ ــ الابراء : اذا أبرأ الدائن المرتهن المدين من الدين انقضى الدين وانقضى معه الرهن . وقد رأينـا أن العكس لا يجوز ، فالنزول عن الرهن لا يتضمن الابراء من الدين . والابراء تشترط فيـه أهلية التبرع .

٤٦٣ ــ ٦ ــ استحالة تنفيذ الالتزام : اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبى انقضى الالتزام ، وينقضى الرهن الضامن له بالتبعية .

ويلاحظ أن التقادم كسبب من أسباب انقضاء الالتزام لا يمكن أن يلحق الدين المضمون برهن حيازى . لأن وجود الشيء المرهون تحت يد الدائن يعتبر اقرارا مستمرا من المدين بالدين ، فلا يلحقه التقادم ولا ينقضى الدين أو الرهن بالتقادم المسقط .

وقد أشار الى انقضاء الرهن الحيازى بطريقة تبعية الفصل ١٢٣٣ حيث قال : « بطلان الالتزام الأصلى يؤدى الى بطلان الرهن » .

« الأسباب التى توجب ابطال الالتزام الأصلى أو انقضاءه توجب ابطال الرهن أو انقضاءه .

« تخضع آثار تقادم الالتزام لمقتضيات الفصل ٣٧٧ » .

ويقول الفصل ٣٧٧ المشار اليه : « لا محل للتقادم اذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازى على المنقول أو برهن رسمى » .

ونتوه أخيرا بأن الدائن المرتهن ليس له تملك الشيء المرهون بالحيازة ولا بمضى مدة معينة ، لأن يده عليه يد عارضة . فليس له من ركنى الحيازة سوى الركن المادى ، أما المعنوى فللراهن .

الفصل الثالث

الرهن الحيازي على العقار

٤٦٤ ــ تناول التشريع المطبق على العقارات المحفظة الكلام على الرهن الحيازي الوارد على عقار ، فخصص له القسم الثامن (الفصول من ١٠٠ الى ١٠٧) . غير أنه لا شك فى أن الأحكام العامة للرهن الحيازى الواردة فى تقنين الالتزامات والعقود تنطبق كذلك على الرهن الحيازى على العقار فيما لم يرد له حكم خاص ولا يتعارض مع طبيعته. وسنبين الى جانب ذلك ما يتعلق برهن العقار غير المحتفظ رهنا حيازيا .

ونقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، كما فعلنا بالرهن الحيازى على المنقول ، وهى :

المبحث الأول : شروط انشاء الرهن الحيازى على العقار .

المبحث الثانى : آثار الرهن الحازى على العقار .

المبحث الثالث : انقضاء الرهن الحازى على العقار .

المبحث الأول

شروط انشاء رهن حيازى على العقار

٤٦٥ — نحتاج فى معالجة هذه الشروط الى البحث فى كل من العقارات المحفظة وغير المحفظة • ولذا نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : انشاء رهن على عقار محفظ •

المطلب الثانى : انشاء رهن على عقار غير محفظ •

المطلب الأول

انشاء رهن على عقار محفظ

٤٦٦ — يتم انشاء الرهن الحيازى على عقار محفظ بعقد يتبادل فيه الطرفان الايجاب والقبول • ويشترط فى الطرفين أهلية التصرف ، أما اذا كان الراهن كفيلا عينيا ، فالغالب أن يكون متبرعا بكفالته فتلزم فيه أهلية التبرع • ويجب أن يكون العقار المرهون مملوكا للراهن • وفى تطبيق هذا الشرط ينطبق ما سبق شرحه بصدد رهن ملك الغير ورهن العقار المستقبل ورهن العقار الشائع ورهن المالك الظاهر • ويلاحظ أن رهن العقار المستقبل رهنا رسميا باطل ، أما رهنه رهنا حيازيا، فرغم أنه لم يرد نص عليه فى تشريع العقارات المحفظة فان حكمه يستمد من باب الأحكام العامة للرهن الحيازى فى تقنين الالتزامات والعقود حيث يقرر الفصل ١١٧٤ جواز هذا الرهن ولكنه لا يخول المرتهن الا الحق فى المطالبة بتسليم العقار عندما يصبح ذلك ممكنا • ومثل هذا العقد لا يكون رهنا حيازيا تاما لأن الرهن الحيازى يجب أن يسجل فى السجل العقارى ما دام محله عقارا ، والعقار لم يوجد بعد ، ولذلك يكون هذا

العقد وعدا بالرهن • بل اننا رأينا فيما تقدم أنه حتى بالنسبة الى المنقول يكون العقد وعدا بالرهن لأنه لا يمكن أن يحوز الدائن المنقول الا بعد أن يوجد فى المستقبل •

٤٦٧ — ويجب أن يتم تحرير الرهن الحيازى على العقار كتابة ، ولكن لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية بل يكفى أن تكون عرفية ، ويجب أن تحدد فى هـذا العقار مدة للرهن ، أى يجب اقتران الرهن الحيازى على عقار بأجل فاسخ • ورغم أن المشرع لم يحدد لهذه المدة حدا أقصى كما فعل بالنسـبة الى الكراء طويل الأمد ، فان هذه المـدة يجب ألا تكون طويلة جدا بحيث تكون فى الواقع كالمدة غير المحددة[1]. وقد نص على هذين الشرطين الفصل ١٠٠ من تشريع العقارات المحفظة وهو يقضى بأن : « لا يقرر الرهن الحيازى الا بعقد كتابى ولا يصـح الا لمدة معينة » • واشـتراط الكتابة هنا له مبرر معقول هو أن هـذا الرهن سوف يسجل فى السجل العقارى ، ومن ثم يجب أن يوجد محرر يتضمنه • أما شرط تحديد المدة فان المشرع لم يفعله فى الرهن الرسمى، ولذلك يكون الرهن الرسمى للعقار آجدى على الدائن من الرهن الحيازى للعقـار ، لأنه يتعـرض فى حالة الرهن الحيازى لفقـدان حق الرهن اذا انقضت مدته دون أن يستوفى هو دينه • ومثل ذلك لا يقع فى الرهن الرسمى • والواقع أن الرهن الرسمى يمكن أن يغنى عن الرهن الحيازى للعقار ، لأنه لا يحرم المدين من اسـتغلال عقاره ، ولا يثير نزاعا حول التزامات المرتهن ، اذ لا يلتزم المرتهن فيه بشيء • فيمكن أن يلغى المشرع الرهن الحيازى على العقار ويكتفى برهن العقار رهنا رسميا ، ما دام حق الرهن المسـجل كافيا لحماية حقوق كافـة الأطراف : الراهن والمرتهن والغير • وقد نادت بعض الأصوات فعلا فى مصر بالغاء الرهن الحيازى

---

(١) ديكرو : فقرة ٥٩٧ — ص ٣٧٩

على العقار عند وضع التقنين المدنى الحالى ، لهذه الأسباب ولكن البرلمان أبقى عليه لأنه ما زال مألوفا فى البيئة الريفية وقد اعتاده أهل الريف ولم يألفوا بعد الرهن الرسمى .

ولما كان الرهن الحيازى على العقار من الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار ، فانه يجب تسجيله ، ولا ينشأ حق الرهن فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بتسجيله . وتتحدد مرتبة الرهن بأسبقيته فى تاريخ التسجيل .

ويتضمن تعبير « الرهن الحيازى » معنى حيازة المرتهن العقارى المرهون . ولذلك يرى بعض الفقه انه يجب تسليم العقار ، وان هذا شرط فى عقد الرهن الحيازى على العقار ، ويستدل على ذلك بأن الفصل ١٠٣ يتضمن معنى تسليم العقار المرتهن[١] . بينما يذهب رأى آخر الى أنه لا يلزم أن تنتقل الحيازة لينشأ الرهن ، بل ينشأ الرهن بمجرد التسجيل ، ويمكن أن تتوافر الحيازة للمرتهن فيما بعد[٢] . ونحن نميل الى الأخذ بهذا الرأى الثانى ، لأن تشريع العقارات المحفظة وان كان يفيد ضرورة التسليم ، الا انه لم يصرح بأن التسليم ركن فى الرهن الحيازى على العقار ، كما صرح بأنه ركن فى الرهن الحيازى على المنقول ، وقد كان المشرع بلا شك حصيفا حين عرف الرهن الحيازى على المنقول والعقار معا فى الفصل ١١٧٠ من تقنين الالتزامات والعقود . متفاديا ذكر ركن التسليم ، ولم يورد هذا الركن الا فى الكلام على رهن المنقول رهن حيازة .

---

(١) الكزبرى : ص ٢٢٧

(٢) ديكرو : فقرة ٥٩٨ — ص ٣٨٠

فالفصل ١١٧٠ يقول ان : « الرهن الحيازى عقد بمقتضاه يخصص مدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته منقولا أو عقـارا أو حقا معنويا ضمان الالتزام ... » وليس فى عبارة « يخصص المدين .. » ما يفيد ن يكون التخصيص بطريق التسليم . وعلى ذلك فان المشرع يقصـد لا تردد أن يجعل التسليم ركنا فى رهن المنقول رهنا حيـازيا اذ صرح بذلك فى الفصل ١١٨٨ ، اما فى رهن العقار رهن حيازة فهو يسمح بأن يسلم العقار فى أى وقت ولو بعد انعقاد وتسجيل الرهن ، وبذلك يكون التسليم فى العقار التزاما ناشئا عن عقد الرهن ، أى أن رهن العقار رهنا حيازيا عقد رضائى . وانه يكفى لوجود حق الرهن بين المتعاقدين ونفاذه فى مواجهة الغير أن يتم العقد بالتراضى ويسجل فى المحافظة العقارية . فاذا لم يسجل العقد كان وعدا بالرهن ، ويمكن أن يلجأ الدائن الى القضاء ويطلب بناء عليه الحكم بصحة هذا العقد ونفاذه ، ومتى حكم له بذلك سجل العقد والحكم وطالب بتسليمه العقار .

وما دام الرهن الحيازى على العقار واجب التسجيل ، فان عقد الرهن يجب أن يتضمن تخصيصا للعقار المرهون وللدين المضـمون ، فيبين العقار بيانا كافيا بما فى ذلك رقم الرسم الخاص به ، وبين الدين أو على الأقل الحد الأقصى الذى ينتهى اليه ، وميعاد استحقاقه وسـائر أوصافه . ويجوز أن يكون هذا الدين شرطيا أو احتماليا .

وكما يرهن الراهن عقارا يملكه ، يمكن أن يرهن حقا عينيا عقاريا فيجوز رهن انتفاع على عقار أو كراء طويل الأمد أو حق سطحية أو حقا من الحقوق العرفية الاسلامية[1] .

---

(١) ديكرو : فقرة ٥٩٧ — ص ٣٧٩

المطلب الثانى

انشاء رهن على عقار غير محفظ

٤٦٨ — يلجأ المتعاقدان أحيانا الى اخفاء الرهن على منقول أو على عقار غير محفظ ، فى صورة عقد بيع نص عليه تقنين الالتزامات والعقود هو : بيع الثنيا . وبمقتضى هذا البيع يتملك المشترى العقار المبيع ويدفع الثمن . ولكن ملكيته مهددة بالزوال اذ هى معلقة على شرط فاسخ ، هذا الشرط هو أن البائع له خلال ثلاث سنوات من حصول البيع أن يسترد العقار ويعيد الى المشترى الثمن . ولما كان المشترى مالكا خلال هذه المدة فهو يستعمل ويستغل العقار ويجنى ثماره ومنتجاته . وكثيرا ما تكون حقيقة هذا البيع تحايلا على شرط تملك المرتهن للعقار المرهون وهو شرط باطل ، فيصور الطرفان العقد من أول الأمر على أنه بيع وليس رهنا ، ولكنه بيع معلق على شرط فاسخ .

ومثل هذا العقد لا يعتبر فى نظر القانون بيعا ، بل يعطى له حكم الرهن ، وحكم الرهن رسميا كان أو حيازيا هو بطلان هذا الشرط . ولما كان الشرط غير متميز عن العقد بل جعله المتعاقدان جوهر العقد ، اذ صور الشرط الباطل فى صورة عقد بيع صحيح ، فان عقد البيع برمته يكون باطلا بطلانا مطلقا[1] . وقد نوه بهذا الحكم الفصل ٦٠٠ من تقنين الالتزامات والعقود فقال :

« اذا سمى الاتفاق « بيع الثنيا » مع كونه يتضمن فى الحقيقة رهنا فان آثار هذا الاتفاق تخضع فى العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الحيازى للمنقول أو الرهن الرسمى ، وفقا لظروف الحال . ولكن هذا

---

(١) ديكرو : فقرة ٥٣ — ص ٣٧

العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير ، الا اذا كان قد أبرم على الشكل الذى يتطلبه القانون لقيام الرهن الحيازى على منقول أو الرهن الرسمى » .

٤٦٩ — وهناك صورة أخرى يجرى العرف فى المغرب على التعامل بها فى رهن العقار غير المحفظ وهى : عقد الرهنية ، وهو عقد يتضمن رهن عقار غير محفظ « ملك » للدائن المرتهن مع تسليمه حيازة العقار ، بحيث يكون له أن يقوم بالتنفيذ عليه واقتضاء الدين من ثمنه اذا لم يوفه المدين دينه . وهو بهذا رهن حيازى عادى ولكنه لا يسجل فى السجل العقارى لأن التسجيل لا يرد الا على عقار محفظ ، ولذلك فالحيازة فيه تقوم مقام التسجيل فى جعله نافذا فى حق الغير كما هو الشأن فى المنقول. ويتميز عقد الرهنية بالأحكام التالية :

١ — انه يضمن الديون النقدية الناشئة قبله أو معه ، فلا يضمن تسليم شىء ، ولا يضمن دينا نقديا نشأ بعده .

٢ — لا يجوز فيه اشتراط الفوائد .

٣ — يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى .

٤ — وجوب تسليم العقار الى المرتهن ، وله حق حبسه وله ادارة العقار وتأجيره للغير . ولكن ليس له الحق فى الحصول على ثماره ، وان كان عملا يأخذ هذه الثمار[١] .

---

(١) ديكرو : الفقرات : ٥٦ — ٥٨ ص ٣٨.

٥ ـ لا يجوز أن يشترط فية تملك المرتهن للعقار أو التنفيـذ عن غير طريق القضاء .

وقد تردد القضاء المغربى فى صدد الشكل الخاص بهذا العقد ، فقرر فى أول الأمر انه يكفى فيه التراضى ، ثم اشـترط فيه الرسمية ، ثم عدل عن ذلك الى الاكتفاء بأن يكون العقد ثابتـا فى محرر عرفى . ويمكن اثبات العقد باقرار الراهن ، ويمكن استنتاج هذا الاقرار من نكوله عن حلف اليمين الموجهة اليه (٢) .

---

(٢) ديكرو : فقرة ٥٥ ـ ص ٣٨

المبحث الثانى

آثار الرهن الحيازى على العقار

٤٧٠ ــ نعالج هذه الآثار فى ثلاثة مطالب نبين فى أولها حقوق والتزامات الراهن ، وفى الثانى حقوق والتزامات المرتهن ، وفى الثالث أثر الرهن على حقوق الغير .

المطلب الأول

حقوق الراهن والتزاماته

٤٧١ ــ يكون للراهن حق التصرف فى العقار . ولما كان الشخص لا يستطيع أن يعطى أكثر مما يملك ، فانه لا يستطيع أن ينقل ملكيته خالصة من الرهن طالما أن ملكيته هو ليست خالصة منه . وعلى ذلك تنتقل الملكية الى المتصرف اليه محملة بحق الرهن .

ولكن اذا أقر المرتهن تصرف المدين بعوض فان حق الرهن ينتقل الى العوض ، أما اذا أقر تصرف المدين بغير عوض فهذا نزول عن حق الرهن . وفى الحالتين يجب اثبات اقرار المرتهن بالكتابة لأن الرهن أصلا ثابت بالكتابة .

٤٧٢ ــ وللراهن كذلك الحق فى ثمار عقاره طبيعية أو صناعية أو مدنية . ولكن يجوز الاتفاق على حكم آخر للثمار لا يخرج عن أن يكون أحد حكمين :

(ا) أن يكون للمرتهن الحق فى الثمار كلها أو بعضها ، وفى هذه الحالة يستفيد هو بالثمار ولا يخصمها من الدين المستحق له .

(ب) أن يترك الراهن الثمار للمرتهن دون أن يصرح بأنها حق خالص للمرتهن ، وفي هذه الحالة للمرتهن أن يأخذ الثمار على أن يخصم من الدين بمقدار قيمتها • والواقع أن الثمار التي يحصل عليها الدائن كحق له باذن من المدين هي في حكم الفوائد ، لأنه لا يخصمها من أصل الدين • واشتراط الفوائد بين المسلمين باطل ومبطل للعقد طبقا للفصل ٨٧٠ من تقنين الالتزامات والعقود • ولذلك قضى الفصل ١٠١ من تشريع العقارات المحفظة بأنه لا يجوز أن ينتج الدين فوائد • وعلى ذلك فان الثمار التي يأذن الراهن للمرتهن في تملكها يجب أن تكون في مقابل المصروفات التي يلتزم بها المرتهن ، وفي مقابل نفقات صيانة العقار وحراسته ، فاذا كان المرتهن لا يتحمل أية نفقات في ذلك فان الثمار التي يحصل عليها تكون فائدة محرمة ولو كانت باذن الراهن • وبهذا الحكم المتعلق بالنظام العام يجري نص الفصل ١٠١ من تشريع العقارات المحفظة حيث يقول :

« لا يكتسب الدائن بهذا العقد الا امكانية أخذ ثمار العقار ولا يجوز أن ينتج الدين فوائد ، غير انه يمكن التنصيص على أن الثمار تكون كلها أو بعضها من نصيب الدائن » •

« وعلى الدائن أن يخصم سنويا من رأسمال الدين قيمة الثمار التي حازها » •

ومن ناحية أخرى يمكن تطبيق الفصل ١٠١ بمعنى أن الثمار التي يجعلها الراهن من نصيب الدائن يجب أن تستنزل دائما سنويا من أصل الدين حتى لا تكون فائدة محرمة •

٤٧٣ ــ أما التزامات الراهن فهى :

أولا : الالتزام بتسليم العقار الى الدائن : وهذا الالتزام ناشىء عن عقد الرهن لأنه كما أوضحنا عقد رضائى .

ثانيا : الالتزام بضمان سلامة الرهن : فلا يجوز له أن ينشىء رهنا آخر يسجل قبل تسجيل الرهن ولا أن ينزع أجزاء من العقار (عقارات بالتخصيص) ويتصرف فيها ، ولا يجوز له أن يتلف شيئا فى العقار ، ويجب عليه أن يدفع كل تعرض قانونى يصدر من الغير ، أما التعرض المادى من الغير فالمرتهن هو الذى يكلف بدفعه .

ثالثا : لا يجوز له قبل وفاء كل ما عليه من دين أن يطالب بالتمتع فى الملك الذى سلمه على وجه الرهن الحيازى (الفصل ١٠٣) . وهذا التزام سلبى .

رابعا : الالتزام بأداء المصروفات النافعة والضرورية الى الدائن الذى أنفقها صيانة للعقار المسلم فى الرهن الحيازى (الفصل ١٠٧ / ٢).

المطلب الثانى
حقوق المرتهن والتزاماته

٤٧٤ ــ للدائن المرتهن حق التتبع وحق التقدم .

وبمقتضى حق التتبع يكون له أن يقوم بالتنفيذ على العقار المرهون فى مواجهة من تنتقل اليه ملكية العقار وهو الحائز . ولكن التتبع هنا تتبع معنوى لأن الحيازة المادية فى يد المرتهن وليس للحائز الا الحيازة فى ركنها المعنوى .

واذا نزعت حيازة العقار ماديا من يد المرتهن ، كان له أن يستردها بمقتضى حق التتبع .

وبمقتضى حق التقدم يكون للمرتهن أن يستوفى دينه بالأولوية على الدائنين المرتهنين اللاحقين عليه فى المرتبة وبالأولوية على الدائنين العاديين .

ولا تقدر مراتب المرتهنين بحسب تواريخ عقود الرهن . بل العبرة بتاريخ التسجيل ، فمن سجل حقه أولا كان متقدما فى المرتبة ومفضلا على من بعده .

وبغير التسجيل لا يكون للدائن المرتهن حق التقدم ولا حق التتبع .

أما التزامات الدائن المرتهن فهى :

٤٧٥ ـ أولا : الالتزام بالمحافظة على العقار المرهون . وهو التزام ببذل عناية . ولم يحدد المشرع هنا مدى العناية المطلوبة من المرتهن ، وانما اكتفى بأن أحال الى القواعد العامة فى حالة مساءلة المرتهن عن تلف العقار أو هلاكه فقال فى الفصل ١٠٧ من تشريع العقارات المحفظة : « يسأل الدائن حسب القانون العادى عن الهلاك أو التلف الذى قد يكون أصاب العقار نتيجة اهماله » .

والقواعد العامة تقضى بأنه ما لم يحدد المشرع درجة العناية المطلوبة فهى تكون عناية الرجل المعتاد . فيسأل المرتهن هنا طبقا للمعيار الموضوعى عن تلف العقار . فاذا كانت الظروف التى وقع فيها الضرر بالعقار المرهون لا يقع فى مثلها الضرر من الشخص العادى كان المرتهن مسئولا عن هذا الضرر .

٤٧٦ ـ ثانيا : الالتزام بالتكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار وبالترميمات والاصلاحات النافعة والضرورية : فالضرائب والرسوم المقررة ونفقات الترميم والاصلاح الضرورية والنافعة ، يلتزم

بها المرتهن ، فينفقها من ماله ويرجع بها على الراهن اما باقتطاعها من الثمار أو بمطالبته بها وحبس العقار حتى يستوفى قيمتها • والنصوص التى تقرر هذا الالتزام هى : الفصل ١٠٢ من تشريع العقارات المحفظة :

« ان الدائن ملزم — ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك — بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار الذى بيده على وجه الرهن الحيازى » •

« ويجب عليه أيضا أن يقوم بالترميمات والاصلاحات النافعة والضرورية للعقار • مع بقاء الحق له فى أن يقتطع من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر والا كان مسئولا عن تعويض الضرر » •

ويقرر الفصل ١٠٧ فى الفقرة الثانية منه أنه : « يجب على المدين أن يؤدى للدائن المصروفات النافعة والضرورية التى أنفقها صيانة للعقار المسلم فى الرهن الحيازى » •

وواضح من الفصل ١٠٢ أن الاخلال بالالتزام بالنفقات المشار اليها من جانب المرتهن تكون نتيجة تحمله بالتعويض للراهن عما يصيبه من ضرر •

٤٧٧ — ثالثا : الالتزام برد المرهون : يلتزم المرتهن برد العقار المرهون ، اذا استوفى حقوقه ، أو انقضى الرهن أو بطل • والالتزام بالرد كما هو معلوم التزام بتحقيق نتيجة معينة ، فلا يعفى منه اثبات بذل العناية ولو كانت كبيرة • بل لابد من اثبات السبب الأجنبى الذى حال بين المرتهن وتسليم العقار المرهون، وذلك باثبات القوة القاهرة أو استحقاق العقار أو نزع ملكية أو غير ذلك مما يدخل فى السبب الأجنبى • ويحق للمرتهن الامتناع عن الرد وحبس العقار لاستيفاء المصروفات التى أنفقها

اذا كانت مصروفات نافعة أو ضرورية • أما المصروفات الكمالية فليس له حبس العقار من أجلها ، ولكن يحق له نزع التحسينات التى أجراها دون احداث أضرار بالعقار •

المطلب الثالث
آثر الرهن على حقوق الغير

٤٧٨ — الغير كما قدمنا هو كل من له حق يتأثر بوجود الرهن • فالدائنون العاديون ، والدائنون المرتهنون اللاحقون فى المرتبة والخلف الخاص للراهن كلهم من الغير •

ويكون الرهن نافذا فى مواجهة هؤلاء جميعا بتسجيله فى السجل العقارى • أما الحيازة فلا تضيف شيئا الى نفاذ العقد المسجل ، وانما هى تيسر للدائن الحصول على الثمار ، وتكون وسيلة سهلة للعلم بالرهن•

ويستطيع الدائن الأسبق فى تاريخ تسجيل حقه أن يحصل على حقه من التنفيذ على العقار عن طريق القضاء ، وذلك بالأسبقية على من سجلوا رهونهم بعده ، وبالأسبقية على الدائنين العاديين ولو نشأت ديونهم قبل تسجيل دينه ، ويستطيع أن يتخذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة من انتقلت اليه ملكية العقار ، وهذا مظهر من مظاهر حق التتبع . ولكنه كما أسلفنا تتبع معنوى •

أما اذا تزاحم المرتهن حيازة للعقار مع صاحب حق امتياز على العقار فان صاحب حق الامتياز هو الذى يفضل ، ولو كان امتيازه ودينه الممتاز قد نشأ بعد تسجيل حق الرهن الحيازى على العقار • ويستوى فى هذه الحالة أن يكون الامتياز من الامتيازات العامة أو الخاصة •

المبحث الثالث

انقضـــاء الرهن الحيازى على العقار

٤٧٩ — ينقضى الرهن الحيازى على العقـــار اما بصفة أصـــلية أو بصفة تبعية • فينقضى بصفة أصـــلية اذا أبطل عقد الرهن ، أو هلك العقار المرهون هلاكا كليا ، أو كان الرهن معلقا على شرط فسخ وتحقق الشرط ، أو حل الأجل الفاسخ له ، أو وقع تقابل اختيـــارى بين الراهن والمرتهن •

٤٨٠ — وينقضى الرهن بصفة تبعية للدين المضمون اذا تم الوفاء به وبتوابعه وملحقاته والمصروفات المستحقة للدائن (النافعة والضرورية)• ويجب أن يكون الوفاء صحيحا ، فاذا بطل الوفاء وعاد الدين الى الظهور عاد معه الرهن دون أن يمس بحقوق ترتبت للغير حسن النية •

٤٨١ — وينقضى الرهن بصفة تبعية بالنزول عنه • و...ول يقتضى أهلة التبرع• وهو لايؤثر على بقاء الدين ، اذ يبقى الدين قائما بلا ضمان ويختلف النزول عن الرهن عن النزول عن مرتبة الرهن وقد سبق بيان ذلك فى انقضاء الرهن الحيازى على المنقول ، فلا داعى لتكراره •

٤٨٢ — وينقضى الرهن بصفة تبعية باتحاد الذمة ، ســـواء كان ذلك فى شـــخص الراهن أو فى شخص المرتهن أو فى شـــخص غيرهما • واذا زال اتحاد الذمة بعد ذلك وظهر الدين يعود الرهن معه دون مساس بحقوق الغير حسن النية التى ترتبت بين انقضاء وعودة الدين •

٤٨٣ ـــ وينقضى الرهن بصفة تبعية اذا انقضى الدين المضمون بالمقايضة . أو باستحالة تنفيذه لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، أو بالتجديد دون أن يذكر انتقال الرهن ، أو بحوالة الحق المضمون حوالة لا يشار اليها فيهـا الى انتقال الرهن الى المحال له . ولكن اذا أبطلت الحوالة وعاد الدين المحيل فان الرهن يظهر من جديد دون مساس بحقوق الغير حسن النية .

٤٨٤ ـــ ولا ينقضى الرهن بالتقادم المسقط ، وكذا الدين المضمون بالرهن لا يلحقه التقادم المسقط ، لأن وجود الرهن اقرار مستمر بالدين فلا يتقادم مع وجود الاقرار به . ولكن اذا انقضى الرهن بانتهاء المـدة المحددة له ، يبدأ تقادم الدين من اليوم التالى لانقضاء الرهن .

ولا يكتسب المرتهن بالتقـادم المكسب ملكية العقار المرهون لأن حيازته حيازة عارضة ينقصها الركن المعنوى وهو ركن ادعاء حق الملكية، بالاضافة الى أن العقار المحفظ لا يتملك بالتقادم . أما اذا أراد المرتهن أن يكتسب ملكية عقار ملك مرهون له ، فانه لا بد وأن يواجه الراهن بعمل ظاهر يتضمن انكار حق الراهن والافصاح عن الحق الذى يدعيه المرتهن ، فتسرى ابتداء من هذا العمل مدة التقادم المكسب فى العقـار غير المحفظ .

ولا يزول حق الرهن الحيازى المسجل على العقار الا بشطب هذا التسجيل ، أما فى حالة انتهاء مدته المنصوص عليها فى التسجيل فيكفى فى شطبه أن يطلبه الراهن .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

٤٨٥ ــ عرف المشرع حق الامتياز في الفصل ١٢٤٣ من تقنين الالتزامات والعقود فقال : « الامتياز حق أولية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين » .

ولمعالجة حقوق الامتياز ، يجب أن تتناول خصائصها ، وأنواعها وترتيبها وآثارها وانقضاءها . ولمعالجة هذه الموضوعات تقسم هذا الباب الى فصول أربع هي :

الفصل الأول : خصائص الامتيازات .

الفصل الثاني : أنواع الامتيازات وترتيبها .

الفصل الثالث : آثار الامتيازات .

الفصل الرابع : انقضاء الامتيازات .



الفصل الأول

خصائص الامتيازات

أبرز هذه الخصائص هي :

٤٨٦ — أولا : الامتياز لا يتقرر الا بنص فى القانون : فالقاعدة انه لا امتياز بغير نص • وبهذه الخصيصة ينفرد حق الامتياز عن الضمانات الأخرى • فالكفالة ضمانة شخصية اتفاقية ، والرهن الحيازى لا يتقرر الا بأداة اتفاقية ، وكذا الرهن الرسمى الاتفاقى • والرهن الرسمى الاجبارى يتقرر بحكم قضائى ان لم يتفق الأطراف ، وبدون الحكم القضائى لا ينشأ[1] • أما حق الامتياز فلا ينشأ بالاتفاق ولو اتفق الأطراف على ايجاده ، ولا بحكم قضائى ، وانما ينشأ من نص القانون ، والقانون بذلك هو مصدره الوحيد •

٤٨٧ — ثانيا : الامتياز يتقرر بالنظر الى المدين لا الدائن ، فالمشرع يجعل الحق ممتازا ، ناظرا فى ذلك الى صفة فى الدين يراعيها ، وعلى عكس ذلك نجد أنواع التأمينات العينية الأخرى : الرهن الرسمى بنوعيه والحيازى بنوعيه ، تتقرر بالنظر الى الدائن لا الى الدين • ويستتبع هذا الفرق بين الامتياز وغيره من التأمينات نتيجة فى غاية

---

(١) قارن : الكزبرى — ص ٢٥٨ حيث يرى أن الرهن الرسمى الاجبارى مصدره القانون . والصحيح أن الرهون جميعا ، بل والتأمينات العينية كلها مصدرها القانون لانها جاءت استثناء من قاعدة الضمان العام وهى المساواة بين الدائنين ، فالتأمينات تميز دائنا على سائر الدائنين ولذلك لا يقاس عليها بل تقتصر على ما ورد فى القانون ، ولكن القانون هنا مصدر غير مباشر . ولا يمنع هذا من تصنيفها بحسب المصدر المباشر لها وهو اما العقد أو الحكم أو نص القانون .

الأهمية ، وهى أن الامتياز عندما ينتقل الحق المتمتع به الى الغير ينتقل ممتازا كما هو ، لأنه لم يتقرر الدائن فى شخصه وانما تقرر الامتياز للحق فى ذاته فيبقى لصيقا بالحق عند انتقاله • وبالعكس نجد أن الرهن الرسمى أو الحيازى الضامن لحق من الحقوق لا ينتقل مع انتقال هذا الحق لأنه تأمين تقرر لشخص الدائن• ولا تنتقل هذه الرهون الا اذا نص فى سند انتقال الحق على أن تنتقل معه التأمينات الضامنة له • وتطبيقا لهذه الفكرة نص الفصل ٢٠٠ من تقنين الالتزامات والعقود على أن : « حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له كالامتيازات مع استثناء ما كان منها متعلقا بشخص المحيل • وهى لا تشمل الرهون الحيازية على المنقولات والرهون الرسمية والكفالات الا بشرط صريح •• » ويلاحظ أن المشرع فى صدد التجديد سوى بين الامتيازات والرهون من حيث عدم انتقالها ، فقال فى الفصل ٤٥٥ : « الامتيازات والرهون الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل الى الدين الذى يحل محله الا اذا احتفظ بها الدائن صراحة •• » •

٨٤٨ ــ ثالثا : الامتياز حق تبعى : فهو كسائر الضمانات العينية يضمن حقا شخصيا ، ولذلك يكون تابعا لهذا الحق فى وجوده وانقضائه، وفى صحته وبطلانه ، وفى بقائه وزواله • فاذا بطل الحق المضمون بطل الامتياز واذا كان الحق المضمون معلقا على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط فزال الحق زال الامتياز ، واذا انقضى الحق المضمون كذلك الامتياز الضامن له •

٤٨٩ ــ رابعا : الامتياز حق عينى : وقد وصفه المشرع بذلك صراحة فى تشريع العقارات المحفظة ، فقال فى الفصل ١٥٤ : « ان الامتياز حق عينى تخول بمقتضاه صفة الدين لدائن الأفضلية على باقى الدائنين حتى ولو كانوا دائنين برهن رسمى » • وأفاد فى تقنين الالتزامات

والعقـود نفس المعنى حين أفصـح عن أبرز ميـزة يعطيها الامتيـاز والحق العينى بصفة عامة وهى الأولوية والتقدم لدائن معين على غيره (الفصلان ١٢٤٣ و ١٢٤٤) .

ومع ذلك فقد ثار الخلاف فى فرنسا حول نوع من هذه الامتيازات لا يخول حق التتبع ، وهى حقوق الامتياز العامة التى ترد على كل أموال المدين والتى لا تمكن الدائن الممتاز من تتبع المنقول فى مواجهـة حائز يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . ولذلك اعتبر البعض هذا الامتياز وصفا من أوصاف الالتزام لاحقا عينيا .

٤٩٠ ــ خامسا : الامتياز حق غير قابل للتجزئة : كسائر الحقوق العينية التبعية ، فكل جـزء من الدين المضـمون بكل المـال محل حق الامتياز ، وكل جزء من هذا المـال ضامن للدين .

٤٩١ ــ سادسا : الامتياز يرد على المنقـولات والعقـارات ، بخلاف الرهن الرسمى فمحله العقارات ولا يرد على المنقولات الا استثناء .

٤٩٢ ــ سابعا : الامتياز اما عام واما خاص : فالامتيازات العامة ترد على كل منقولات المدين أو على كل عقاراته ، أو على كل ثروته عقارية ومنقولة . والامتيازات الخاصة ، ترد على منقول معين أو على عقـار معين للمدين .

٤٩٣ ــ ثامنا : الامتياز يعطى صاحبه حق التقدم على أصحاب الرهون الرسـمية اتفاقية واجبارية ، وعلى أصـحاب الرهون الحيازية العقـارية ، دون أن يكون امتيازه مسجلا فى السجل العقارى ، وحتى لو نشأ دينه بعد تسجيل رهون هؤلاء جميعا . ولكن صاحب الامتياز يتأخر عن صاحب حق الرهن الحيازى على المنقول ، الا اذا كان مرتهن المنقول حيازيا سيىء النية فيتقدم عليه صاحب الامتياز .

الفصل الثاني

انواع الامتيازات وترتيبها

٤٩٤ ـ تناول تقنين الالتزامات والعقود الامتيازات على المنقولات ، بينما عرض تقنين العقارات المحفظة لنوعين من الامتيازات العقارية . وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : الامتيازات على المنقولات .

المبحث الثاني : الامتيازات على العقارات .

المبحث الأول

الامتيازات على المنقولات

٤٩٥ — في نطاق الامتياز الذى يرد على منقول قسم المشرع الامتيازات نوعين : امتيازات ترد على كل منقولات الدين ، وامتيازات ترد على منقول معين أو منقولات معينة دون سواها . وعلى ذلك يجب أيضا أن تقسم هذا المبحث الى مطلبين لمعالجة هذين النوعين ، وهما :

المطلب الأول : الامتازات على كل منقولات المدين .

المطلب الثانى : الامتيازات على منقولات معينة .

ثم نزيد مطلبا ثالثا لبيان ترتيب هذه الامتيازات فيما بينها .

المطلب الأول
الامتيازات على كل منقولات المدين

٤٩٦ — وردت هـذه الامتيازات فى الفصـل ١٢٤٨ من تقنين الالتزامات والعقود ، وهو معدل بظهير ١٨ ديسمبر ١٩٤٧ وظهير ٦ يوليو سنة ١٩٥٤ وظهير ٢ من ابريل ١٩٥٥ . وقد عدد المشرع امتيازات معينة فى سبع فقرات على الترتيب ، بمعنى أن كل فقرة تعتبر مرتبة مستقلة يسبق ما بعدها ، وتتأخر عما قبلها . وهذه الامتيازات خاصة بالديون التالية :

مصروفات الجنازة — الديون الناشئة عن مصروفات مرض الميت — المصروفات القضائية — الأجور والتعويضات للعاملين — الديون المستحقة للمصاب فى حادثة شغل — التعويضات المدفوعة للعمال والمستخدمين — الديون المستحقة لصندوق الاسعاف الاجتماعى .

ونبين كلا من هذه الامتيازات فيما يلى ، وننبه الى أننا لن نتحدث فى كل منها عن محل الامتياز ، فيجب أن يكون واضحا من الآن أن محل الامتياز فيها جميعا هو كل المنقولات الموجودة فى ذمة المدين فى لحظة التنفيذ عليه . وبنـاء على ذلك فهذه الأمتيازات لا تسـجل لأن محلها منقولات ، ولا تمنع المدين من التصرف فى أمواله المنقولة لأنها لا تتعلق بمنقول معين . وانما يكون للدائن أن ينفذ على أى منقول مادى أومعنوى يصادفه بين عناصر ذمة المدين المـالية ، بشرط ألا يكون هـذا المنقول مرهونا حيازيا لدائن مرتهن حسن النية .

٤٩٥ — ١ — مصروفات الجنازة :

ينص الفصل ١٢٤٨/أولا ، على : « مصروفات الجنازة ، أى نفقات غسل الجثة وتكفينها ونقلها ودفنهـا مع مراعاة المركز المـالى للمدين الميت » .

فالدائن الممتاز هنا هو من أنفق على دفن الميت ، ابتداء من تغسيله وتكفينه ، الى نقله ودفنه ويستوى أن يكون هذا الدائن من أسرة الميت أو أجنبيا عنه . والمدين بهذه المبالغ هو المتوفى نفسه ، حيث ورد فى نهاية النص « مع مراعاة المركز المـالى للمدين الميت » ، ولولا هذا النص لأمكن القول ان المدين هو عائلة الميت . ولـما كان الشخص لا تثبت له أو عليه الحقوق والالتزامات بعد وفاته ، فان التركة هى التى تتحمـل بهذا الامتياز ، فيكون الدائن بهذه المبالغ مقدما فى استيفائها على سائر دائنى المتوفى العاديين ، وعلى مرتهن الحيازة فى المنقول اذا كان سيىء النيـة .

ورعاية لمصلحة ورثة المتوفى أوجب المشرع على من يقوم بهذه النفقات ألا يبالغ فيها ، ألا يزيد عما يتناسب مع حالة المدين الميت المالية. فو يجوز له أن يشترى مثلا كفنا باهظ القيمة اذا كان الميت فقيرا معدما . فمثل هذه النفقات التى تجاوز المقدرة المالية المعروفة عن المتوفى قبل وفاته لا تكون دينا ممتازا . وانما يمتاز منها فقط ما يقع فى حدود هذه المقدرة المالية .

ويقوم هذا الامتياز على اعتبار تشجيع دفن المحيث لأن فى ذلك تكريما له ، وجعل من ينفق على هذا الغرض دائنا ممتازا حتى لا يخشى على دينه من الضياع .

٤٩٨ ــ ٢ ــ الديون الناشئة عن مصروفات مرض الميت :

جاءت هذه الديون فى الفقرة ثانيا من الفصل ١٢٤٨ ونصها :

« الديون الناشئة عن مصروفات مرض الميت أيا ما كانت وسواء كانت قد أنفقت فى منزل الميت أو فى مؤسسة علاجية عامة أو خاصة ، وذلك خلال الستة أشهر السابقة على الوفاة أو على افتتاح التوزيع » .

وهذا النص يقرر مرتبة امتياز لنفقات علاج المريض الذى انتهى مرضه بالوفاة ، وفى هذا تشجيع للأهل والأصدقاء والجيران على مساعدة المريض والانفاق على علاجه ، لأنه فى حالة وفاته سيكون دينهم ممتازا ، وفى حالة شفائه يلتزم فى أمواله كذلك بسداد ديونهم . بل ان هذا الامتياز يثبت أيضا للمؤسسة العلاجية التى تعالج المريض سواء كانت مؤسسة عامة أو خاصة ، وسواء كان علاجه يجرى فى بيته أو فى مستشفى أو عيادة أو مؤسسة .

ومصاريف المرض التى تكون ممتازة ، هى مصاريف الأدوية ، والعمليات الجراحية ، والفحوص والتحليلات الطبية ، والأشعة ،

ووسائل العلاج الطبيعى كالرياضة . ومصاريف التغذية اذا كان المرض يحتاج الى غذاء من نوع خاص .

وتمتاز هذه المصروفات فى حدود مدة ستة الأشهر السابقة على الوفاة أو افتتاح توزيع التركة . أما ما زاد على ما صرف فى هذه المدة فيكون دينا عاديا غير ممتاز .

واذا تضمن العلاج وجود مرافقين دائمين للمريض مثل وجود ممرضة أو أكثر متفرغة لرعايته ، أو طبيب أو أكثر ، فان أجور هؤلاء اذا كان يدفعها المريض ، فهى تتمتع بامتياز ولكن من المرتبة الرابعة وهو امتياز أجور الخدم والعمال والمستخدمين والمكلفين ومن اليهم . وهو امتياز يقع فى مرتبة متأخرة عن امتياز نفقات العلاج . أما اذا كانوا يتقاضون أجورهم من المؤسسة العلاجية عامة أو خاصة . فان أجورهم تدخل ضمن مصاريف العلاج وتكون ممتازة فى مرتبة الأدوية والعمليات وغيرها لأن الدائن بها هو المؤسسة العلاجية ، وتكون ممتازة عن ستة أشهر فقط سابقة على الوفاة .

٤٩٩ ـ ٣ ـ المصروفات القضائية :

نص البند ثالثا من الفصل ١٢٤٨ على ما يلى : « المصروفات القضائية كمصروفات وضع الأختام واجراء الاحصاء والبيع وغيرها مما يلزم للمحافظة على الضمان العام ولبيعه » .

والمصروفات القضائية تكون دينا ممتازا اذا أنفقت لصالح جميع الدائنين . أما المصروفات التى ينفقها دائما ليستفيد من ورائها هو وحده دون أن تعود بنفع على غيره من الدائنين ، فلا تكون ممتازة .

والمصروفات القضائية تشمل رسوم الدعاوى وأجور الخبراء ونفقات وضع الأختام واجراء الاحصاء والبيع ، وأتعاب السنديك ، والحارس ومصفى التركة ، وأتعاب المحامى قبل مدين موكله [1] .

والدائن بهذه المصروفات قد يكون خزينة المحكمة ، أو أحد الدائنين ، أو الخبير أو السنديك أو المحامى أو المصفى أو الحارس ، أو غيرهم ممن باشر عملا لصالح مجموع الدائنين .

ومحل الامتياز هنا هو الثمن الذى بيعت به أموال المدين فيستوفى هؤلاء ديونهم ، قبل الدائنين الذين تمت لمصلحتهم الاجراءات .

٥٠٠ — ٤ — اجور وتعويضات العمال والخدم :

تنص الفقرة « رابعا » من الفصل ١٢٤٨ على امتياز : « الأجور والتعويضات عن العطل المستحقة الأجرة ، والتعويضات المستحقة بسبب الاخلال بوجوب الاعلام بفسخ العقود داخل المهلة القانونية والتعويضات المستحقة اما عن الفسخ التعسفى لعقد اجارة الخدمات ، وأما عن الانهاء السابق لأوانه لعقد محدد المدة متى كانت مستحقة :

(أ) للخدام .

(ب) للعمال المستخدمين مباشرة من المدين .

(جـ) للكتبة والمستخدمين والمكلفين سواء كانت لهم رواتب محددة أو كانت أجورهم محددة بعمولة نسبية .

(د) للفنانين الدراماتيكيين الممثلين وغيرهم من الأشخاص المستخدمين فى مؤسسات المشاهد العامة .

---

(١) السنهورى : جـ ١٠ — فقرة ٦٧٢ — ص ٦٤٤ — ص ٩٤٥

(هـ) للفنانين وغيرهم من الأشخاص المستخدمين فى محلات انتاج الأفلام السينمائية .

« والكل بالنسبة الى الأجور المستحقة لهم من الستة أشهر السابقة على الوفاة أو الافلاس أو التوزيع أو اذا كان الاجراء قد باشروا المطالبة القضائية ضد رب العمل قبل الوفاة أو الافلاس أو التوزيع بالنسبة الى ما عساه أن يكون مستحقا لهم من أجور عن الستة أشهر الأخيرة ويطبق نفس الحكم على توريدات المواد الغذائية للمدين ولعائلته » .

« غير أنه يطبق ما يأتى فى دفع الحصة غير القابلة للحجز عليها من التعويضات المذكورة فى الفقرة الأولى من هذا البند ومن المبالغ التى لا زالت مستحقة .

« من الأجور المكتسبة فعلا للعمال المستخدمين مباشرة من المدين أو للخدم عن الثلاثين يوما الأخيرة » .

« من العمولة المستحقة للمتجولين والممثلين التجاريين عن التسعين يوما الأخيرة من العمل » .

« من الأجور المستحقة للبحارة عن فترة الوفاء الأخيرة » .

« والحصة غير القابلة للحجز عليها عن التعويضات المذكورة آنفا تحسب مستقلة عن الحصة غير القابلة للحجز عليها من الأجور .

« وان وفاء تلك الحصة غير القابلة للحجز عليها والتى تمثل الفرق بين الأجور والعمولات والتعويضات المستحقة وبين الحصة القابلة للحجز عليها منها ، يجب أن يتم بالرغم من وجود أى دين آخر خلال العشرة أيام التالية لحكم شهر الافلاس أو التصفية القضائية بناء على مجرد الأمر من

قاضى التفليسه بشرط واحد هو أن يوجد فى يد السنديك أو المصفى النقود اللازمة .

« فاذا لم يتوافر هذا الشرط لزم دفع الحصص السابقة من الأجور والعمولات والتعويضات من أول نقود تدخل فى يد السنديك أو المصفى دون اعتبار لوجود أى دين ممتاز آخر أو لمرتبته » .

« وفى حالة الافلاس أو التصفية القضائية اذا دفعت الحصة غير القابلة للحجز عليها من الأجور والعمولات والتعويضات التى ما زالت مستحقة على المدين للعمال والمستخدمين والمتجولين والممثلين التجاريين وفقا للأسس المبينة فما سبق ، من نقود سبقها السنديك أو المصفى أو أى شخص آخر غيرهما ، فان المقرض يحل فى الأجور المدفوعة محل مستحقيها ، ويحق له استيفاؤها بمجرد وجود النقود اللازمة من غير أن يكون لأى دائن آخر أن يتعرض لذلك » .

ويخلص من هذا الامتياز المطول جدا ما يلى من الأحكام :

١ — الدائن الممتاز هو الخادم فى المنزل سواء كان يقوم بأعمال الغسل أو التنظيف أو الطهى أو فلاحة الحديقة أو حراسة الدار أو تربية الأطفال ، ثم العمال الذين يستخدمهم الشخص مباشرة ويؤدى لهم أجورهم ، سواء كانوا يعملون لديه فى مصنع أو متجر أو مزرعة أومدرسة خاصة أو فى مكتب محام أو عيادة طبيب أو لدى مهندس أو مقاول أو محاسب أو فى فندق أو مطعم أو مقهى أو فى مسرح أو شركة لانتاج الأفلام السينمائية أو كانوا مندوبين تجاريين متجولين فكل من هؤلاء العمال دائن بأجره أو عمولته ، والمدين بها هو رب العمل والامتياز يقوم لهذا العامل على المنقولات المملوكة لرب العمل . ويستوى أن يكون العامل قائما بعمل يدوى أو آلى أو ذهنى أو فنى أو كتابى . ويدخل

فى نفس مرتبة هؤلاء من يقدم توريدات غذائية للمدين وعائلته كالبقال والفاكهى ٠

٢ ـ الدين المضمون بامتياز هو المبالغ المستحقة للعامل سواء الأجرة عن أيام العمل ، أو عن أيام العطلات المأجورة أو التعويضات عن الفصل التعسفى أو عن الفصل قبل انتهاء مدة عقد العمل المحدد المدة ، أو عن الفصل دون مراعاة المهلة القانونية الواجبة ٠ ثم الديون المستحقة لموردى مواد غذائية للمدين وعائلته ٠

٣ ـ المدة التى تكون هذه المبالغ مضمونة عنها هى ستة أشهر سابقة على وفاة رب العمل أو على شهر افلاسه أو على اجراء توزيع من تركته ، أو على المطالبة القضائية ضد رب العمل اذا كانت هذه المطالبة قبل الوفاة أو الافلاس أو التوزيع ، وفى حالة مورد المواد الغذائية تكون المدة يضا ستة أشهر ثم قبل توريد أغذية للمدين وعائلته قبل مطالبته قضائيا أو قبل وفاته أو افلاسه ٠

١٠٥ ـ ٥ ـ ديون المصاب فى حادثة شغل :

تنص الفقرة « خامسا » من الفصل ١٢٤٨ على امتاز : « الدين المستحق للمصاب فى حادثة شغل أو للفائه والمتعلق بالمصروفات الطبية والجراحية والصيدلية ومصروفات الجنازة وكذلك التعويضات المستحقة له نتيجة العجز المؤقت عن العمل » ٠

والدائن الممتاز فى هذه الحالة هو العامل المصاب فى حادثة من حوادث العمل أما اذا أصيب باصابة لا تتعلق بالعمل فلا يدخل حقه فى التعويض عنها فى هذا النوع من الامتياز ٠

والدين الممتاز هو التعويض الذى يستحقه عما أصابه من عجز عن العمل ، ومصروفات علاجه الطبى والجراحى ، وثمن الأدوية التى عولج بها وأخيرا اذا توفى مصروفات جنازته .

والمدين فى هذا الامتياز هو رب العمل .

٥٠٢ – ٦ – تعويضات العمال :

تنص الفقرة « سادسا » من الفصل ١٢٤٨ على امتياز « التعويضات المدفوعة للعمال والمستخدمين اما من صندوق الاسعاف الاجتماعى أو أية مؤسسة أخرى تقوم بتقديم التعويضات العائلية للمشتركين فيها واما من أرباب الأعمال الذين يقومون مباشرة بتقديم التعويضات العائلية لموظفيهم » .

وهذا الامتياز مقرر للعمال والمستخدمين بخصوص التعويضات العائلية وهذه التعويضات قد يلتزم بها رب العمل ، أو صندوق الاسعاف الاجتماعى أو أية مؤسسة أخرى تقوم بهذه المهمة .

٥٠٣ – ٧ – ديون مؤسسات التعويضات العائلية :

تجعل الفقرة « سابعا » من الفصل ١٢٤٨ امتيازا لـ : « الديون المستحقة لصندوق الاسعاف الاجتماعى وغيره من المؤسسات التى تقوم بتقديم التعويضات العائلية للمشتركين فيها ، من أجل رسم العضوية والاشتراكات التى يلتزم هؤلاء المشتركون بدفعها للمنظمات السابقة وكذلك من أجل الاسعافات التى تقتضيها تلك الاشتراكات ورسوم العضوية » .

فى هذه الصورة يكون الامتياز عكس الصورة السابقة . فالدائن الممتاز هو الصندوق أو المؤسسة التى يشترك لديها العاملون للحصول

على تعويضات عائلية ، والمدين هو المشترك الذى لم يسدد ما عليه من مبالغ لهذه المؤسسات ، فيكون للمؤسسة امتياز على المنقولات التى يملكها هذا المشترك لتحصيل ما عليه من دين لها .

المطلب الثانى

الامتيازات على منقول معين

٥٠٤ — وردت هذه الامتيازات فى الفصل الأخير من تقنين الالتزامات والعقود وهو الفصل ١٢٥٠ وهى تتقرر على منقول معين يختلف من حالة الى أخرى وهذه الامتيازات هى امتياز المبالغ المستحقة عن البذور وأعمال الفلاحة والحصاد — امتياز أجرة كراء الأراضى الفلاحية وغيرها من العقارات — امتياز المصروفات المنفقة على حفظ الشىء — امتياز أجر الصانع عن عمله — امتياز المبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة — امتياز المبالغ المستحقة للناقل من أجل ثمن النقل — امتياز ديون أصحاب الفنادق — امتياز الديون الناشئة عن حادثة لصالح المصابين — امتياز الديون الناشئة عن عقد الشغل المبرم من طرف مساعد مأجور لعامل منزلى . وتتناول فيما يلى كلا من هذه الامتيازات مبينين ما يرد عليه كل امتياز .

٥٠٥ — ١ — امتياز البذور وأعمال الفلاحة والحصاد :

ينص الفصل ١٢٥٠ على ما يلى : « الديون الممتازة على بعض المنقولات هى المذكورة فيما يلى » :

« أولا : المبالغ المستحقة عن البذور وعن أعمال الفلاحة وعن أعمال الحصاد لها امتياز على الغلة » .

يتعلق هذا الامتياز بالمبالغ التى تنفق على الزراعة ، وتشمل ثمن البذور ، ونفقات أعمال الفلاحة وهى بدورها تشمل نفقات كثيرة ،

مثل الحرث وتطهير القنوات ، وتسميد الأرض . ومقاومة الآفات والحشرات وأجرة العمال والآلات والحيوانات ، فاذا حان وقت الحصاد فنفقاته تتعلق بأجور العمال الزراعيين الذين يشاركون فيه ، وأجرة نقل المحصول ، وتفقات درس القمح وما الى ذلك .

والدائن الممتاز هو من أنفق على انتاج المحصول ، فاذا أقرض شخص للفلاح المبالغ التى استخدمت فى هذه الأعمال وثبت انها استخدمت فيها فعلا ، كان دينه ممتازا . والمدين بهذا الدين الممتاز هو صاحب المحصول ولو كان شخصا غير صاحب الأرض.فقد يكون صاحب المحصول مستأجرا للأرض أو مغتصبا لها أى غرسا فى أرض الغير أو صاحب حق انتفاع أو حق سطحية أو حق كراء طويل الأمد . ومحل الامتياز هو المحصول الذى أنفقت عليه هذه المبالغ . أما محاصيل المواسم الزراعية السابقة أو اللاحقة فلا يرد عليها الامتياز ما دامت المبالغ المطلوبة لم تنفق عليها .

ويقوم الامتياز فى هذه الحالة على فكرة الرهن الضمنى .

٥٠٦ – ٢ – امتياز المؤجر :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥٠ على امتياز : « أجرة كراء الأراضى الفلاحية وغيرها من العقارات والمبالغ المستحقة لصاحب الايراد المرتبة لمنح المنفعة مقابل ايراد امتياز على غلة السنة وعلى الغلة الناتجة عن العقار والموجودة فى المحلات والمبانى المكتراه ، وعلى ما يستخدم فى استغلال الأرض أو فى تجهيز المحلات المكتراة ، ولا يثبت هذا الامتياز الا من أجل ما استحق عن الأجرة والايراد يوم الاعسار أو الافلاس وما يستحق منهما عن الثلاثين يوما التالية . ولكنه لا يمتد الى الغلة والبضائع التى أخرجت من الأماكن المكتراة اذا كان هناك حق مكتسب لصالح الغير مالم يكن اخراجها حاصلا بطريق الغش » .

هذا الامتياز مقرر لمؤجر العقار سـواء كان من المبانى أو من الأراضى الزراعية أو من الأراضى الفضاء • وهو يفترض وجود عقد ايجار صحيح • فاذا كان عقد الايجار باطلا فلا يوجد الامتياز ، وكذلك الأمر اذا لم يوجد عقد ايجار وانما كان شاغل العقار مغتصبا لا يلزم يكون عقد الايجار ثابت التاريخ •

وامتياز المؤجر يتعلق بالأجرة المستحقة له على العقار ، وقد تكون الأجرة ايرادا مرتبا فيكون أيضا دينا ممتازا • وتمتاز الأجرة ابتداء من يوم اعسار أو افلاس المستأجر ولمدة ثلاثين يوما بعد هذا التاريخ فحسب•

ومحل الامتياز هو المنقولات التى تجهز بها العين المؤجرة ان كانت من المبانى ، أو الغلة الناتجة من العقـار ان كان من الأراضى فيعتبر من هذه المنقـولات الأثاث والغـراس واللوحات والزرابى وأدوات المطبخ وأجهزة التلفزة والراديو والثلاجة والغسالة والسيارة ولكن لا يعتبر من المنقولات التى تجهز بها العين المؤجرة المجـوهرات والحلى الخاصـة بالنساء •

ويخضع لحق الامتياز كذلك غلة الأرض المؤجرة ، ولا يقتصر على غلة السنة الحالية فحسب كما هو الحال فى امتياز نفقات الزراعة • بـل يمتد الى غلة السنوات السابقة التى لا تزال موجودة فى العين المؤجرة • أما الغلة أو المنقولات التى تخرج من العين فان الدائن (المؤجر) له أن يتتبعها تحت يد الغير الا اذا كان هذا الغير قد اكتسب عليها حقا بحسن نية ، فيزول امتيازه عليها • ومن ناحية أخرى اذا كان خروج هذه الغلة أو المنقولات قد وقع بطريق الغش لا يفقد المؤجر امتيازه عليها • واذا كانت المنقولات الموجودة بالعين مملوكة للغير فهى تخضع للامتياز طالما ان المؤجر حسن النيـة ، الا اذا كانت ضـائعة أو مسروقة فلصاحبتها ان يستردها خلال ثلاث سنوات •

ويقوم الامتياز هنا على فكرة الرهن الضمنى •

٥٠٧ — ٣ — امتياز نفقات حفظ المنقول :

تنص الفقرة ثالثا من الفصل ١٢٥٠ على امتيـــاز : « المصروفات المنفقة لحفظ الشيء وهى التى لولاها لهلك الشيء أو أصبح غير صالح لما أعد له ، لها امتياز على المنقولات التى تم حفظها » .

يتعلق هذا الامتياز بالمصروفات التى أنفقت على حفظ منقول سواء كان منقولا ماديا أو معنويا . ويشترط أن تكون هذه النفقات ضرورية بحيث انه بغيرها كان الشيء يهلك أو يصبح غير صالح لما أعد له . فيكون ممتازا حق من يقوم باصلاح الأثاث أو الساعة أو السيارة أو الراديو اذا لم يكن مرتبطا بعقد عمل مع صاحب المنقول . وكذا من يتخـــذ اجراء ليقطع تقادم دين أوشك على السقوط .

والدائن الممتاز بهذه المصروفات هو من قام بانفاقها ، ســـواء بأن تولى هو بنفسه أعمال حفظ الشيء ، أو قدم نقودا لمالك الشيء من أجل القيام بها . فاذا ثبت أن النقود انفقت فعلا فى حفظ الشيء كان للمقرض امتياز .

ويكون الدين ممتازا على المنقول الذى تم حفظه ولو كان معنويا . ومن هذا نرى أن حق الامتياز — كالرهن الحيازى — يرد على المنقول المادى والمعنوى .

ولا يلزم أن يكون الشيء فى يد الدائن يحبسه ، بل يمكن ممارسة حق الامتياز ولو كان الشيء فى يد صاحبه أو فى يد الغير ، الا اذا كان الغير قد كسب حقا على الشيء يخوله حق التمســك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

ويقوم هذا الامتيـاز على حفظ المنقـول لا على فـكرة الرهن الضمنى[1] •

٥٠٨ — ٤ — امتياز الصانع :

تنص الفقرة رابعا من الفصل ١٢٥٠ على ما يلى : « أجر الصانع عن عمله وما أنفقه من أجل المصنوع له امتياز على الأشياء التى سلمت اليه مادامت فى حوزته » •

وهذا الامتياز مقرر للصانع الذى يتعاقد على اتمام سلعة سـواء كان هو الذى يقدم الخدمات والعمل ، أو كان يتلقى الخامات من الطرف الأول ويقدم هو العمل • ومثاله : الحداد والنجار والترزى (الحائك) وصاحب المطبعة ، وصانع التجليد •

ويرد هذا الامتياز على الشيء المصنوع ذاته ، فيكون للصانع أن يحسبه ليمارس عليه حقه فى الامتياز • ولكن اذا فقد حيازة الشيء برضاه فقد حقه فى الامتياز • فالامتياز هنا قائم على فكرة الرهن الضمنى •

والصانع هنا يختلف عن العامل والمستخدم الذى تكلمنا عن امتيازه فى المطلب السابق • فالعامل تابع لرب العمل يربطه به عقد العمل أو عقد الشغل ، وامتيازه يرد على كل منقولات رب العمل • أما الصانع هنـا فليس تابعا بل يعمل لحساب نفسه فهو يرتبط بعقد مقاولة لا بعقد عمل ، وامتيازه يرد على منقول معين هو الشيء الذى صنعه •

---

(١) السنهورى : جـ ١٠ — فقرة ٦٨٢ — ص ٩٥٥

٥٠٩ — ٥ — امتياز الوكيل بالعمولة :

الوكيل بالعمولة يعمل باسمه الشخصى لحساب الموكل لقاء عمولة معينة يحصل عليها • ويقول عن امتيازه الفصل ١٢٥٠ فى الفقرة خامسا منه : « المبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة لها امتياز على قيمة البضائع المرسلة اليه فى الحدود المقررة فى الفصل ٩١٩ » •

وهذا الامتياز يشير قيام الوكيل بالعمولة بشراء بضائع لموكله ، ويرسلها اليه ، أو بيع بضائع خاصة بالموكل • وبمناسبة البيع أو الشراء تنشأ للوكيل بالعمولة ديون فى ذمة الموكل ، مثل العمولة المستحقة له ، وثمن شراء البضاعة التى اشتراها للموكل وأجرة شحنها اليه ، والنفقات المتعلقة ببيع بضاعة خاصة بالموكل • وهذه المبالغ لها امتياز على قيمة البضائع المرسلة ، بمعنى أنه يكون للوكيل بالعمولة أن يحبس قيمة البضائع التى باعها لحساب الموكل استيفاء لهذه المبالغ • والواقع أن الوكيل بالعمولة يستطيع ما هو أكثر من ذلك : يستطيع أن يجرى المقاصة بين عمولته وسائر مستحقاته وبين قيمة البضاعة فى حدود الأقل منهما مقدار ، وهذا الطريق أقوى بكثير من حق الامتياز • ومن هنا يبدو هذا الامتياز قليل الفائدة •

أما البضائع التى اشتراها الوكيل بالعمولة لحساب الموكل ، فليس لثمنها امتياز ، ولكن له الحق فى حبسها الى أن يستوفى ثمنها •

والامتياز هنا قائم كذلك على فكرة الرهن الضمنى •

٥١٠ — ٦ — امتياز الناقل :

تنص الفقرة سادسا من الفصل ١٢٥٠ على أن : « المبالغ المستحقة للناقل من أجل ثمن النقل ، ومن أجل ما أنفقه ، لها امتياز على الأشياء المنقولة مادامت فى حوزته » •

وامتياز الناقل يتعلق بأجرة النقل ، وما ينفقه على البضائع المنقولة ، مثل نفقات الشحن والتفريغ والتخزين اذا قام هو باتفاقها • ويقع الامتياز على ذات البضاعة المشحونة ، ويستوى أن يكون المدين بهذه المبالغ هو المرسل أو المرسل اليه ، اذ يحق للناقل حبس البضاعة وممارسة حق امتيازه عليها • فاذا خرجت من حيازته برضاه فقد حق الامتياز • ولذلك فالامتياز فى هذه الحالة قائم على فكرة الرهن الضمنى •

٥١١ – ٧ – امتياز أصحاب الفنادق ومن اليهم :

تنص الفقرة سابعا من الفصل ١٢٥٠ على ما يلى : « ديون أصحاب الفنادق والنزل ومن يسكنون غيرهم بسبب ما قدموه للنزيل أو صرفوه لحسابه لها امتياز على أمتعة النزيل مادامت فى النزل أو الفندق » •

وقد قرر المشرع هذا الامتياز لأصحاب الفنادق لأن النزيل يكون عادة أجنبيا عن المدينة التى حل بها ، ويصعب على الفندقى أن يتعقبه للحصول على دينه • لذلك جعل له المشرع امتيازا على أمتعة النزيل التى يصطحبها معه فى الفندق •

غير أنه لا يلزم أن يكون النزيل أجنبيا عن المدينة ، بل يوجد هذا الامتياز ولو كان النزيل من أهل المدينة التى يوجد بها الفندق • ولذلك عبر المشرع عنه بتعبير « النزيل » ولم يقل السائح أو المسافر •

والدين الممتاز هو المبالغ المستحقة لصاحب الفندق عن اقامة النزيل أو عن الطعام الذى يقدم اليه ، وأجرة غسل وكى ملابسه ، والمبالغ التى يقترضها من صاحب الفندق • ولكن لا تكون ممتازة للمبالغ المستحقة على النزيل من مرات سابقة حل فيها بالفندق •

والدائن الممتاز هو صاحب الفندق . والفندق أساسا يؤوى النزيل أى يقدم له مكانا مخصصا لنومه واقامته • وقد يقدم الطعام للنزلاء أو لا يقدمه • ويعتبر دائنا ممتازا أيضا من يؤجر شقة أو حجرة مفروشة وفى هذه الحالة لا يلزم أن يكون صاحب الشقة يقدم طعاما للنزلاء •

ومحل الامتياز هو الأمتعة التى يجلبها النزيل معه ، وهى تخضع للامتياز ولو كانت مملوكة للغير . الا اذا كان صاحب الفندق يعلم أنها ملك الغير • وتبقى هذه الأمتعة خاضعة للامتياز ما بقيت فى الفندق . فاذا انقلت منه الى مكان آخر ، زال الامتياز عنها • ولذلك يقوم هذا الامتياز على فكرة الرهن الضمنى •

ولصاحب الفندق أن يعارض فى اخراج المنقولات . فاذا اخرجت برغمه كان له أن يتتبعها ، مالم يصطدم بحق للغير حسن النية الذى يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سيد الملكية •

ويخضع لحق امتياز صاحب الفندق : حقائب النزيل بما فيها من ملابس (غير التى يلبسها) وأدوات . وسيارته ، والنقود التى يحملها والمجوهرات • ولكن لا يخضع للامتياز السندات والمنقولات غير المادية•

٥١٢ ــ ٨ ــ امتياز المصاب فى حادثة :

تنص الفقرة ثامنا من الفصل ١٢٥٠ على أن : « الديون الناشئة عن حادثة لصالح الأشخاص الذين تضرروا منها أو لخلفائهم لها امتياز على مبلغ التأمين الذى يستحق على المؤمن عن المسئولية المدنية نتيجة اعترافه بأنه مدين بهذا المبلغ أو الحكم عليه به . على أساس عقد التأمين • ولا يبرىء ذمة المؤمنين أى وفاء يحصل للمؤمن له ما دام الدائنون الممتازون لم يستوفوا حقوقهم بعد » •

يقرر هذا النص امتياز الصالح من أصيب فى حادثة ، رتبت التزاما مصدره المسئولية التقصيرية ، فى ذمة مرتكب الفعل الضار ، وكان هناك تأمين من المسئولية معقود عليه لدى احدى منشـآت التأمين ، فيكون للمضرور أو لورثته امتياز على مبلغ التأمين • وقد يستحق مبلغ التأمين نتيجة اعتراف المخطىء بخطئه ، وقد لا يعترف به وانما يستصدر المضرور حكما قضائيا بالتعويض • واذا دفع المؤمن عوض التأمين للمخطىء التزم بدفعه مرة ثانية للمضرور أو خلفائه ، لأن من يدفع خطأ يدفع مرتين •

ومبنى هذا الامتياز من الناحية الواقعية اعتبار انسانى يقتضى رعاية المصاب ومن الناحية القانونية منح الدعوى المباشرة للمصاب تجاه المؤمن•

٥١٣ — ٩ — امتياز دين المساعد :

أضيفت الى الفصل ١٢٥٠ فقرتان آخيرتان بظهير ١٨ ديسمبر ١٩٤٧ نصهما : « الديون الناشئة عن عقد الشغل المبرم من طرف مساعد مأجور العامل منزلى ينطبق عليه تعريف الفصل الثالث من ظهير ٢ يوليو ١٩٤٧ (٢ شعبان ١٣٦٦) المتضمن ضابط الشغل » •

« وتنطبق على دين المساعد المأجور لهذا العامل المنزلى المقتضيات المنصوص عليها فى الفقرات الثلاث الأخيرة من البند الرابع من الفصـل ١٢٤٨ » •

يقضى هذا النص بترتيب امتياز لصالح المسـاعد الذى يعمل بأجر لدى عامل منزلى ، مثل عامل الصياغة أو السباكة أو الكهرباء ، ولكن المشرع لم يحدد فى هذا النص المنقول الذى يرد عليه الامتياز • والواضح من اشارته الى تطبيق الفقرات الثلاث الأخيرة من البند الرابع من الفصل ١٢٤٧ أنه يريد أن يرتب امتيازا على كل منقولات العامل المنزلى الذى استخدم هذا المساعد • وعلى ذلك كان يجب أن تضاف الفقرتان الواردتان بظهير ١٨ ديسمبر ١٩٤٧ الى الفصل ١٢٤٨ لا الى الفصل ١٢٥٠ •

المطلب الثالث

ترتيب الامتيازات

٥١٤ — رأينا أن الامتيـازات على المنقول طائفتان عامة على كل منقولات المدين ، وخاصة ترد على منقول معين . وترتب امتيازات كل طائفة أولا فيما بينها ، بحسب الترتيب الوارد فى النصوص ، وهو نفس الترتيب الذى عرضناها به فيما تقدم . فامتياز مصروفات الجنازة مقدم على كل الامتيازات الأخرى ، ثم امتياز نفقات علاج المريض مرض الموت وهو يتأخر عن امتياز مصروفات الجنازة ويتقدم على ما بعده . ثم امتياز المصروفات القضائية وهو يتأخر عن السابقين ، ويتقدم على ما بعده .

واذا تساوى الدائنون الممتازون باشتراكهم فى مرتبة واحـدة ولم تكف المنقولات لسداد ديونهم استوفوا من قيمة المنقولات بنسبة ديونهم. ويكون لخلفاء الدائن أن يحلوا محله فى امتيـازه . وعلى ذلك يمكن لدائنى صاحب الدين الممتاز أن يحلوا محله فيه ، وهذا تطبيق للدعوى غير المباشرة ، رغم أن تقنين الالتزامات والعقود لم يأخذ بها فى نظـرية الالتزامات[1] .

وقد نص على هذه الأحكام الفصلان ١٣٤٤ و ١٣٤٥ . فالفصـل ١٣٤٤ يقول : « الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى ، ولو كانت مضمونة برهون رسمية . وتتحدد الأفضلية بين الدائنين الممتازين على أساس الأنواع المختلفة للامتياز » .

والفصل ١٣٤٥ ينص على ما يأتى : « الدائنون الممتازون فى مرتبـة واحدة يستوفون حقوقهم على وجه المحاصة » .

---

(١) ديكرو : فقرة ٦٠٩ — ص ٣٨٦ .

« خلفاء الدائنين الممتازين يباشرون نفس الحقوق التى كانت لمن أنجز لهم منهم الحق ويحلون محلهم فيها » .

٥١٥ ـ أما الامتيازات الخاصة على منقول ، فان ما كان منها مبنيا على فكرة الرهن الضمنى ، يكون صاحب الامتياز الحائز للشىء مقدما على غيره . أما الامتياز الذى لا يقوم على فكرة الرهن كامتياز نفقات حفظ المنقول فان المفاصلة بين صاحبه وأصحاب الامتيازات الأخرى لابد وأن يتبع فيها ترتيب النص (الفصل ١٢٥٠) . فاذا تزاحم مع حق صاحب مصروفات الفلاحة كان هذا الأخير هو المفضل ، واذا تزاحم مع حق الصانع أو الوكيل بالعمولة أو الناقل كان الدائن بنفقات حفظ المنقول هو المفضل ، ويسبق هؤلاء فى الحصول على حقه من قيمة المنقول الموجود فى أيديهم .

٥١٦ ـ أما عند تزاحم أصحاب الامتيازات العامة وأصحاب الامتيازات الخاصة على الرأى فى الفقه المغربى يتجه الى تفصيل الخاص على العام[1] فيكون امتياز الصانع مفضلا على امتياز العامل مثلا ، لأن العامل من أصحاب حقوق الامتياز العامة على المنقول ، بينما الصانع والناقل من أصحاب حقوق الامتياز الخاصة على منقول معين .

٥١٧ ـ أما اذا كان التزاحم بين صاحب حق امتياز على منقول ، وبين دائن مرتهن للمنقول رهنا حيازيا ، فان المرتهن رهنا حيازيا يفضل على الدائن الممتاز ، مادام حسن النية . اما اذا كان سيىء النية فالدائن الممتاز يفضل عليه[2] .

---

(١) الكزبرى : ص ٢٧٧ .

(٢) الكزبرى : ص ٢٥٨ . وقد نص على ذلك الفصل ١٢٤٩ :
« الدائن المرتهن رهنا حيازيا لمنقول مقدم على غيره فى المتحصل من الشىء المرهون » .

٥١٨ ـ وعند التزاحم بين الدائن الممتاز وبين الدائنين العاديين فانه غني عن البيان أن الدائن الممتاز هو الذى يفضل .

٥١٩ ـ ولا يقع التزاحم بين الدائن الممتاز على المنقول وبين المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا على العقار لأن الأول حقه يرد على المنقول والآخرون يقع حقهم على العقار فلا يقع التزاحم .

المبحث الثاني

الامتيازات على العقار

٥٢٠ ـ جاء بالفصل ١٥٥ من تشريع العقارات المحفظة (ظهير ١٢ شوال ١٣٤٥ موافق ٧ يناير ١٩٣٦) « ان الديون التى لها وحدها امتياز على العقارات هى :

١ ـ المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع الثمن .

٢ ـ حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها .

« ولا يباشر هذا الامتياز الأخير على العقارات الا عند عدم وجود منقولات » .

وجاء بالفصل ١٥٦ منه : « واستثناء من المبدأ العام المقرر فى الفصل ٦٥ من الظهير المتعلق بالنظام العقارى للتحفيظ يعفى هذان الامتيازان من كل اشهار أو تقييد فى السجلات العقارية » .

وفى الفصل ١٥٥ يقرر المشرع امتيازين على العقار . أولهما امتياز خاص هو امتياز المصروفات القضائية ، والثانى امتياز خاص أو عام هو امتياز حقوق الخزينة .

٥٢١ ـ وامتياز المصروفات القضائية يتعلق بعقار معين يجرى التنفيذ عليه تحت اشراف القضاء ببيع جبرى ، فالنفقات المتعلقة بهذا البيع وتوزيع الثمن يكون لها امتياز على العقار ذاته . ووجه ذلك أن الفصل ٣٤٥/٢ و ٣ من قانون المسطرة المدنية ينص على أن : « يؤدى من رسا عليه المزاد الثمن فى كتابة الضبط خلال عشرين يوما من المزاد

ويجب عليه فوق ذلك أن يؤدى مصاريف التنفيذ المعلن عنها قبل ارساء المزايدة بعد أن يقدرها القاضى » •

« ومع ذلك يجوز لمن رسا عليه المزاد أن يعلق الوفاء بالثمن وتنفيذ شروط البيع على تحفيظ العقار ، وفى هذه الحالة يجب عليه خلال خمسة عشر يوما من المزاد أن يودع الثمن والمصاريف فى كتابة الضبط كما يجب عليه أن يطلب داخل الخمسة عشر يوما التالية تحفيظ العقار طبقا للشكليات والشروط المنصوص عليها بشأن التحفيظ العقارى » •

وبمقتضى هذا الامتياز لا تخلص الملكية للراسى عليه المزاد ، بل يكون العقار الذى انتقل اليه محملا بحق امتياز بهذه النفقات سواء كانت مستحقة لخزينة المحكمة أو لأحد الدائنين قام بانفاقها • والغرض فى هذه النفقات انها انفقت لصالح جميع الدائنين لا لمصلحة الدائن الذى أنفقها وحده •

واذا كان الراسى عليه المزاد قد رهن العقار رهنا رسميا أو حيازيا كان دين المصروفات القضائية ممتازا فى مواجهة هؤلاء وواجب الاقتضاء من ثمن العقار قبل ديونهم •

٥٢٢ ــ وأما امتياز الخزينة فيخضع للحالات التى وردت فى تشريعات خاصة لا سيما المتعلقة منها بالضرائب والرسوم العامة أو المحلية وقد تقرر النصوص امتيازا عاما على عقارات المدين ، أو امتيازا خاصا على عقار معين ، وفى الحالتين يفضل الدين الممتاز على ديون الدائنين المرتهنين للعقار رهنا رسميا أو حيازيا •

والامتيازات الواردة على عقار — سـواء كانت امتيازات عامة أو خاصة — قد أعفاها المشرع بمقتضى الفصل ١٥٦ من التسجيل فى السجل العقارى ، فتكون ممتازة على الديون المسجلة بالسجل العقـارى ولو كانت قد نشأت بعد تسجيلها ، وتسرى فى مواجهـة أصـحاب الرهون المسجلة رغم أنها امتيازات غير مسجلة .

الفصل الثانى

آثار حق الامتياز

٥٢٣ — يترتب على قيام حق الامتياز أن يكون الدائن الممتاز حق التقدم على ثمن المال محل الامتياز ، أو على ما يحل محل الشىء محل الامتياز حلولا عينيا ، كالتعويض الذى يدفعه مرتكب الفعل الضار ، أو التعويض الذى قد تؤديه الحكومة لمنكوبى الكوارث العامة ، أو عوض التأمين على الشىء أو مقابل نزع ملكيته أو الاستيلاء عليه للمنفعة العامة . وحق التقدم للدائن الممتاز متوافر فى جميع الحالات عدا واحدة هى حالة تزاحم حقه مع حق دائن مرتهن لمنقول رهنا حيازيا ، وكان هذا المرتهن حسن النية .

أما حق التتبع فهو لا ينشأ لأصحاب حقوق الامتياز العامة . وانما ينشأ لأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على المنقول حيث يكون للدائن الممتاز أن يتتبع الشىء تحت يد الغير . ولكنه حق تتبع فى صورة ضعيفة لانه يتعطل اذا كان الغير يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند الملكية .

الفصل الثالث

انقضاء حق الامتياز

٥٢٤ ــ ينقضى حق الامتياز بصفة أصلية بالنزول عن حق الامتياز ، ويصدر هذا النزول من الدائن الممتاز وتلزم فيه أهلية التبرع، رغم ان اكتساب حق الامتياز لا تشترط فيه الأهلية أصلا لانه يكتسب بواسطة القانون لا الارادة • وليس فى الامتياز نزول عن مرتبة الامتياز ، لأن هذه المرتبة ليست مقررة للدائن بل للدين فى ذاته •

وينقضى الامتياز بصفة أصلية كذلك باتحاد الذمة ، ولكن اذا زال هذا الاتحاد وظهر الدين ، ظهر من جديد ممتازا كما كان • وينقضى كذلك بهلاك العقار أو المنقول الذى يرد عليه ان كان من حقوق الامتياز الخاصة • أما حقوق الامتياز العامة فلا تنقضى لأن كل مال يكتسبه المدين يكون خاضعا لها • وينقضى الامتياز بالبيع الجبرى وينتقل الى الثمن الراسى به المزاد •

كذلك ينقضى الامتياز بصفة تبعية للدين الممتاز ، وذلك بالوفاء بالدين الممتاز أو ببطلانه أو بانقضائه • ويلاحظ أن وجود حق الامتياز لا يمنع من سقوط الدين الممتاز بالتقادم لأن هذا الحق لا يسجل •

واذا هلك المنقول محل حق الامتياز الخاص بخطأ الدائن لم يكن له أن يطلب تأمينا عينيا آخر ، ويلزم بتعويض لصاحب الشىء ؛ ويمكن أن يمارس على مبلغ التعويض امتيازا يضمن حقه طبقا لنظرية الحلول العينى • أما اذا كان المنقول قد هلك بخطأ المدين أو بخطأ الغير ، فان الدائن يحق له أن يطلب أداء الدين فورا أو تقديم تأمين عينى آخر •

الباب الخامس

الرهن المؤجل

٥٢٥ ــ تكون الديون المراد ضمانها برهن رسمى أو حيازى على العقار ، قصيرة الأجل أحيانا ، أى عقدت لمدة شهرين أو ثلاثة مثلا • وتستغرق مدة تسجيل الرهن الأجل المحدد للدين ، الأمر الذى لا يحقق الضمان • فالمطلوب هو تسليم المبلغ المضمون بسرعة ، ورده كذلك بسرعة وفى مدة وجيزة • واستجابة لهذه الاعتبارات أوجد المشرع صورة من الرهن مخففة ، هى أن يحتفظ مكتب المحافظة العقارية بطلب التسجيل لديه حتى لا يقوم بتسجيل أى رهن آخر خلال مدة ثلاثة أشهر (٩٠ يوما) يكون نافذا فى مواجهة صاحب الرهن المؤجل •

فاذا قدم طلب بتسجيل رهن خلال التسعين يوما ، قام المحافظ أولا بتسجيل الرهن المؤجل ليحفظ له مرتبته ، ثم يسجل الرهن الآخر بعده •

وقد نص على أحكام هذا الرهن تشريع العقارات المحفظة فى الفصول من ١٨٢ الى ١٨٤ • ونصها :

الفصل ١٨٢ : « ان اشهار رهن اتفاقى أو تقييده بالرسم العقارى يمكن فى حالة القروض القصيرة الأجل أن يؤجل مدة من الزمن لا تتعدى تسعين يوما دون أن يكون الدائن معرضا لفقد الرتبة التى تبقى مكتسبة له بشرط أن يخضع للمقتضيات المبينة فيما يلى » •

الفصل ١٨٣ : « يسلم أصل العقد المؤسس لهذا الرهن المحرر على الشكل العادى أو نسخة منه مع نسخة الرسم العقارى للدائن المرتهن •

ويقدم هذا الأخير ذلك للمحافظة مع تحضيره على المحافظ كتابة أن يستجيب لأى طلب بالتسجيل اضرارا بحقه وذلك أثناء أجل لا يمكنه أن يتعدى تسعين يوما » .

« وان هذا التقديم الصالح كاعتراض مدة الأجل المذكور يسجل فى تاريخه بسجل الطلبات ويقع تقييده مؤقتا بالرسم العقارى . وبصفة استثنائية فان هذا التقييد لا يشار له فى نسخة الرسم العقارى المحتفظ بها لدى المحافظة » .

الفصل ١٨٤ : « اذا ما قدم طلب بتسجيل جديد أثناء مدة صلاحية الاعتراض فان المحافظ يقوم باديء ذى بدء بالتسجيل على الوجه التام للرهن المؤجل الذى يأخذ رتبته من يوم اجراء الايداع المعتبر بمثابة الاعتراض .

« وفى عكس هذه الحالة يكون الدائن ملزما عند انتهاء أجل التسعين يوما بان يسحب الوثائق أو يطلب التسجيل التام لحقه الذى لم يبق مضمونا بما قام به من ايداع معتبر بمثابة اعتراض » .

٥٢٦ — فالرهن المؤجل يبدأ بأن يعتبر اعتراضا . مضمونه الاعتراض على اجراء تسجيل يضر بمرتبته . فهو اعتراض على ما يأتى بعده وليس على ما هو قائم قبله من رهون مسجلة . ويبقى قائما تسعين يوما وبعدها اما أن يسحب الدائن طلبه اذا كان قد استوفى الدين ، أو أن يطلب التسجيل بالطريق العادى اذا كان لم يستوف دينه . أما اذا قدم طلب من الغير لتسجيل رهن خلال التسعين يوما ، فان المحافظ يسجل أولا حق صاحب الرهن المؤجل ، ولا يبقى كاعتراض بل يصبح رهنا مسجلا .

تم بحمد الله

محتويات الكتاب

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

ايداع رقم ١٩٧٧/٥٠٤٩ دولى رقم × — ٧٠ — ٩٧٧/٧٢٢٢

دار الجيل للطباعة ١٤ قصر اللؤلؤة - الفجالة
تليفون ٩٠٥٢٩٦